

OPPSIGELSE BEGRUNNET I MANGELFULLE ARBEIDSPRESTASJONER

Kompetansemangel og redusert arbeidsevne på grunn av sykdom

Kandidatnr: 159694

Leveringsfrist: 1.6.2009

Til sammen 14335 ord

29.05.2009

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | EN PRESISERING AV OPPGAVEN – AVKLARING AV BEGREP | 1 |
| 1.2 | AVGRENSNING | 2 |
| 1.3 | AVHANDLINGENS OPPBYGNING OG METODEBRUK | 3 |
| <u>2</u> | <u>HISTORIKK; VEIEN FREM TIL ARBEIDSMILJØLOVEN</u> | <u>3</u> |
| <u>3</u> | <u>RETTSKILDESITUASJONEN</u> | <u>4</u> |
| <u>4</u> | <u>LEGISLATIVE HENSYN TILKNYTTET FORMÅLET OM ET INKLUDERENDE ARBEIDSLIV</u> | <u>6</u> |
| 4.1 | HENSYN FOR OG MOT ET STERKT OPPSIGELSESVERN | 6 |
| <u>5</u> | <u>OPPSIGELSE BEGRUNNET I MANGELFULLE ARBEIDSPRESTASJONER – VILKÅRET "SAKLIG BEGRUNNET"</u> | <u>7</u> |
| 5.1 | RETTSLIG GRUNNLAG | 7 |
| 5.2 | KONTRAKTSRETTLIG FORHOLD MELLOM PARTENE | 8 |
| 5.3 | SAKLIGHETSKRAVET | 8 |
| 5.3.1 | DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 8 |
| 5.3.2 | UTENFORLIGGENDE HENSYN | 9 |
| 5.3.3 | ARBEIDSGIVERS SAKSBEHANDLING I OPPSIGELSESPROESSEN | 9 |
| 5.3.4 | TILSTREKKELIG SAKLIG GRUNN | 10 |
| <u>6</u> | <u>OPPSIGELSE BEGRUNNET I KOMPETANSEMANGEL</u> | <u>11</u> |
| 6.1 | DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 11 |
| 6.2 | KRAV PÅ EN RIMELIG ARBEIDSYTELSE | 12 |
| 6.3 | HELHETSVURDERING – ARBEIDSGIVERENS INTERESSER AVVEIES MOT ARBEIDSTAKERENS INTERESSER | 13 |
| | | I |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| 6.4 | HVA SKAL TIL FOR AT EN ARBEIDSPRESTASJON ER UNDER DET ARBEIDSGIVER MED RIMELIGHET KAN FORVENTE? | 14 |
| 6.5 | ARBEIDSPRESTASJON – BEROR PÅ STILLINGENS KARAKTER | 16 |
| 6.5.1 | DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 16 |
| 6.5.2 | LEDERSTILLINGER - SKJERPEDE KRAV TIL ARBEIDSPRESTASJON | 17 |
| 6.5.3 | SIKKERHETSSENSITIVE STILLINGER | 18 |
| 6.5.4 | SERVICEYRKER, KUNDEBEHANDLING | 18 |
| 6.5.5 | LÆRERE | 19 |
| 6.6 | ARBEIDSGIVERS OPPLÆRINGS- OG TILRETTELEGGINGSPLIKT | 19 |
| 6.6.1 | DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 19 |
| 6.6.2 | ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å AVKLARE KVALIFIKASJONER VED ANSETTELSE OG PLIKT TIL OPPLÆRING AV NYANSATTE | 20 |
| 6.6.3 | ARBEIDSGIVERS TILRETTELEGGINGSPLIKT NÅR ARBEIDSPRESTASJONENE SVIKTER ETTER ANSETTELSE | 21 |
| 6.6.3.1 | Svikt som skyldes arbeidstakers tap av kvalifikasjoner | 21 |
| 6.6.3.2 | Svikt som skyldes endrede arbeidsoppgaver eller krav til stillingen | 22 |
| 6.6.4 | OMPLASSERING | 25 |
| 6.6.5 | ARBEIDSGIVERS ARBEIDSLEDELSE | 26 |
| 6.6.6 | OMFANGET AV ARBEIDSGIVERS OPPLÆRINGS- OG TILRETTELEGGINGSPLIKT PÅVIRKES AV OMFANGET AV ARBEIDSTAKERS KONKRETE MEDVIRKNING | 27 |
| 6.7 | RIMELIGHETSVURDERING | 28 |
| 6.7.1 | GENERELT OM VEKTEN AV RIMELIGHETSBETRAKTNINGER VED OPPSIGELSE BEGRUNNET I ”ARBEIDSTAKERS FORHOLD” | 28 |
| 6.7.2 | ARBEIDSTAKERS VILJE TIL Å FORBEDRE ARBEIDSPRESTASJONEN | 29 |
| 6.7.3 | SOSIALE HENSYN TIL ARBEIDSTAKER | 30 |
| 6.8 | HVORDAN MÅ ARBEIDSGIVER GÅ FREM DERSOM OPPSIGELSE VURDERES? | 31 |
| <u>7</u> | <u>OPPSIGELSE BEGRUNNET I SYKDOM</u> | <u>32</u> |
| 7.1 | DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER | 32 |
| 7.2 | FAKTISKE FORHOLD | 33 |
| 7.3 | HØYT SYKEFRAVÆR – SAKLIG OPPSIGELSESGRUNN? | 33 |
| 7.4 | TILRETTELEGGINGSPLIKTENS OMFANG | 34 |
| 7.5 | ARTEN AV TILRETTELEGGINGSPLIKTEN | 34 |
| 7.5.1 | AKTUELLE TILRETTELEGGINGSTILTAK | 34 |
| 7.5.2 | REDUSERT ARBEIDSTID | 35 |
| 7.6 | TILRETTELEGGINGSPLIKT I TILKNYTNING TIL OMPLASSERING | 36 |

| | | |
|------------------|--|------------------|
| 7.7 | VIKTIGE MOMENTER VED VURDERINGEN AV OMFANGET AV | |
| | TILRETTELEGGINGSPLIKTEN | 37 |
| 7.7.1 | VIRKSOMHETENS RESSURSER | 37 |
| 7.7.2 | RETTIGHETENE TIL ØVRIGE ARBEIDSTAKERE | 38 |
| 7.7.3 | ØKT BELASTNING PÅ ØVRIGE ANSATTE | 39 |
| 7.7.4 | ULEMPER FOR VIRKSOMHETEN OG MULIGE TILTAK FOR Å AVHJELPE SLIKE ULEMPER | 39 |
| 7.7.5 | ØKONOMISK BELASTNING VED MANGELFULLE ARBEIDSPRESTASJONER | 40 |
| 7.7.6 | ARBEIDSTAKERENS ALDER OG ANSIENNITET | 41 |
| 7.7.7 | ARBEIDSTAKERS MEDVIRKNING | 41 |
| 7.8 | DEN AVSLUTTENDE HELHETSVURDERING: FORELIGGER DET SAKLIG | |
| | OPPSIGELSESGRUNN? | 42 |
| 7.8.1 | BETYDNINGEN AV OPPFYLT TILRETTELEGGINGSPLIKT | 42 |
| 7.8.2 | RIMELIGHETSVURDERINGEN | 42 |
| <u>8</u> | <u>BEDRE OPPSIGELSESVERN I OFFENTLIG SEKTOR ENN I PRIVATE</u> | |
| | <u>VIRKSOMHETER?</u> | <u>45</u> |
| <u>9</u> | <u>BEDRE OPPSIGELSESVERN VED SYKDOM ENN VED</u> | |
| | <u>KOMPETANSEMANGEL? - RETTFERDIG?</u> | <u>46</u> |
| <u>10</u> | <u>OPPSUMMERING</u> | <u>49</u> |
| 10.1 | FÅ SAKER HAVNER I RETTEN | 49 |
| 10.2 | KRITIKK AV OPPSIGELSESVERNET | 49 |
| <u>11</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>51</u> |

1 Innledning

1.1 En presisering av oppgaven – avklaring av begrep

Avhandlingen omhandler oppsigelse på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner i tilfeller hvor de mangelfulle arbeidsprestasjoner er en følge av kompetansemangel eller redusert helsetilstand.

Kompetansemangel betyr at arbeidstaker ikke har evner til å utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte, uten at dette har sammenheng med redusert helsetilstand.

Kompetansemangel er for det første aktuelt i forbindelse med at arbeidstakeren ikke er faglig kvalifisert eller dyktig nok til å utføre arbeidsoppgavene som følger av arbeidskontrakten. Kompetansemangelen kan ha vært til stede ved ansettelsen, eller oppstått i løpet av ansettelsesforholdet, eksempelvis på grunn av alder. For det andre kan kompetansemangel være aktuelt i forbindelse med at jobben blir mer krevende. Årsaken til at det kreves ytterligere kvalifikasjoner for å utføre de avtalte arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte kan være at arbeidsoppgavene endrer seg i takt med samfunnets utvikling av ny teknologi. Mer krevende arbeidsforhold kan også skyldes rasjonalisering, slik at arbeidsforholdet blir mer stressende ved at flere arbeidsoppgaver forventes utført i løpet av kortere tid.

Redusert arbeidsevne kan skyldes sviktende helse på grunn av ulykke, sykdom, slitasje eller lignende. I det følgende vil forholdet for enkelhetens skyld benevnes som arbeidstakers sykdom. Dersom arbeidstaker har redusert arbeidsevne grunnet sykdom, har arbeidsgiver en særskilt tilretteleggingsplikt, jfr. lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17.juni 2005 nr. 62 (heretter arbeidsmiljøloven) § 4-6. Arbeidsgiver har

i så måte sterkere forpliktelser overfor syke sammenlignet med arbeidstakere som er generelt ressursvake.

1.2 Avgrensning

Avhandlingen vil knytte seg til oppsigelse på grunn av ”arbeidstakers forhold”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Oppgaven vil i så måte bli avgrenset mot oppsigelse grunnet ”virksomhetens [eller] arbeidsgivers forhold”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7, samt oppsigelse fra arbeidstakerens side.

Ved oppsigelse grunnet kompetansemangel eller sykdom kan beslektede lovreguleringer av arbeidsmiljøloven komme til anvendelse.

Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 (heretter tjenestemannsloven) regulerer oppsigelsesvernet til statsansatte. Ved revisjon av tjenestemannsloven i 1977 ble krav om saklig begrunnet oppsigelse lovfestet, hvilket i følge forarbeidene skulle tilsvare kravet om saklig begrunnet oppsigelse i arbeidsmiljøloven.¹

Sjømannsloven av 30. mai 1975 nr. 18 (heretter sjømannsloven) kommer til anvendelse for arbeidere på norske skip, jfr. sjømannsloven § 1. Sjømannsloven ble tilpasset oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven ved en lovendring i 1985.² Reglene er likevel ikke helt identiske, jfr. Rt. 2001 s. 71 (s. 81).

Videre kan det nevnes at oppsigelse på grunn av nedsatt funksjonsevne kan være diskriminerende etter lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne av 20. juni 2008 nr. 42 (heretter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) § 4 jfr. § 12 første ledd. Reglene fungerer parallelt med arbeidsmiljøloven.

Avhandlingen vil bli avgrenset mot bestemmelsene i tjenestemannsloven, sjømannsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. I enkelte tilfeller hvor det

¹ Torgeir Bjørnaraa, Espen Gaard, Annette Selmer, *Norsk Tjenestemannsrett Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter m.v.* side 329 jfr. Ot.prp. nr. 44 (1976-77) side 16.

² Ot.prp. nr. 26 (1984-85) s. 32.

er nødvendig vil enkelte bestemmelser likevel bli nevnt. Tilsvarende vil rettspraksis og juridisk teori etter tjenestemannslovens bestemmelser bli anvendt i avhandlingens del 9.

1.3 Avhandlingens oppbygning og metodebruk

Avhandlingen deles inn i 10 hovedavsnitt, hvorav del 2, 3 og 4 utgjør innledningen i form av historikk, klarlegging av rettskildesituasjon og legislative hensyn. Hoveddelen behandles i del 5, 6 og 7. Kapittel 5 angir de felles utgangspunkter for oppsigelse ved å utrede vilkåret ”saklig begrunnet” i arbeidsmiljølovens § 15-7. Del 6 omhandler oppsigelse begrunnet i kompetansemangel, mens del 7 fremstiller reglene ved oppsigelse begrunnet i sykdom. I del 8 vil oppsigelsesvernet til arbeidstakere med kompetansemangel bli sammenlignet med vernet til syke arbeidstakere. Det problematiseres hvorvidt oppsigelsesvernet er sterkere i offentlig sektor enn i privat sektor i del 9. Avslutningsvis i del 10 vil det bli foretatt en kritisk vurdering av gjeldende rett. Vurderingen inneholder noen synspunkter på hvorledes reglene burde vært, de lege ferenda.

2 Historikk; veien frem til arbeidsmiljøloven

Før 1936 eksisterte det ingen krav til saklig begrunnelse ved oppsigelse. I Rt. 1935 s. 467 uttalte Høyesterett at en arbeidsgiver utvilsomt kunne gi oppsigelse etter eget skjønn, herunder var det ikke nødvendig å vise til ”noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet”(s. 471).

Lov om arbeidervern av 19.juni 1936 nr. 8 innførte oppsigelsesvern ved å gi arbeidstakere rettskrav på erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde ”saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldtes helt utenforliggende grunner”, jfr. § 33 punkt 3a. I 1959 ble bestemmelsens virkeområde

utvidet til å gjelde den offentlige forvaltning,³ samt at det opprinnelige vilkår om opptjeningsstid ble fjernet i 1975.⁴

Ved lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m. v. av 4. februar 1977 nr. 4 (heretter arbeidsmiljøloven av 1977) ble kravet til saklig grunn strengere, hvilket var begrunnet i rettsutviklingen hvorledes ”det kreves sterkere grunner fra arbeidsgiverens side” for at oppsigelsen skal anses saklig.⁵ I forarbeidene ble det også poengtert at ”rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte [har] kommet sterkere inn i bildet”.⁶ Videre presiseres det at ”domstolene må være varsomme med å legge (...) eldre rettspraksis som går i arbeidstakernes disfavør til grunn”.⁷

Dagens arbeidsmiljølov ble vedtatt i 2005, og er gjeldende rett. Hovedprinsippene er de samme, og endringer har hovedsakelig medført ”styrkede arbeidstakerrettigheter”.⁸ Det ”overordnede målet er et arbeidsliv med plass for alle”.⁹ Hva gjelder oppsigelsesvernet til arbeidstakere med kompetansemangler eller sykdom, er nye bestemmelser utformet, hvilket har betydning for omfanget av arbeidsgivers plikter. Herunder bestemmelser om arbeidsmiljølovens formål i § 1-1 bokstav c jfr. bokstav e om inkluderende arbeidsliv og individuell tilrettelegging. Dertil kommer arbeidsgivers opplæringsplikt som utledes av arbeidsmiljølovens § 4-2 annet avsnitt bokstav e.

3 Rettskildesituasjonen

Utgangspunktet er at rettskildesituasjonen er tilfredsstillende ved lov, grundige forarbeider og omfattende rettspraksis. Det er nødvendig å foreta en analyse av rettspraksis for å klarlegge rettstilstanden ettersom kravet om ”saklig begrunnet” oppsigelse i arbeidsmiljølovens § 15-7 er svært skjønnsmessig. Problemet er imidlertid

³ Arne Fanebust, *Oppsigelse i Arbeidsforhold*, side 43.

⁴ Lov 7. mars 1975 nr. 4 jfr. Fanebust, *Oppsigelse i Arbeidsforhold*, side 43.

⁵ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 72.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 37.

⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 13.

at det foreligger få høyesterettsavgjørelser. En analyse kun basert på høyesterettsavgjørelser ville i så måte vært lite hensiktsmessig. Avgjørelser avsagt i tingrett og lagmannsrett vil derfor bli anvendt i det følgende. I forhold til rettsavgjørelser avsagt i tingretten er det et problem at det i all hovedsak kun er Oslo tingrett som offentliggjør avgjørelser i Lovdata. I relasjon til lagmannsrettsdommer er problemet imidlertid at materialet er så omfattende at det kan være vanskelig å finne frem til alle relevante saker. På tross av en viss skepsis i juridisk teori til bruk av underrettspraksis ved klarleggingen av oppsigelsesvernet, blir underrettspraksisen anvendt både i juridisk teori og av domstolene.¹⁰ Et viktig poeng i så henseende er at mangel på avgjørelser i Høyesterett medfører at underrettspraksis blir avgjørende for arbeidstakernes rettsstilling.¹¹

Jeg har per e-mail kontaktet de aller fleste tingrettene i landet med forespørsel om relevante dommer. Responsen har vært god. Forespørselen min er blitt behandlet av saksbehandlere eller sendt videre til dommerne i de forskjellige tingrettene. De fleste har svart at så vidt de vet er det ikke avsagt dommer om emnet. Hovedproblemet er nok likevel mangelfulle lagringssystemer, slik at dommene er vanskelig tilgjengelige. Tross alt har jeg via Lovdata funnet frem til flere lagmannsrettsdommer fra nyere tid.

Til sammen har jeg blitt tilsendt 5 dommer hvorav 2 i etterkant endte med forlik.¹² Trolig ender flere saker med forlik før saken havner i rettssystemet, ettersom en rettssak er belastende både for arbeidstaker og arbeidsgiver. Dessuten godtar arbeidstaker som oftest oppsigelsen uten å forfølge saken. En annen mulig årsak er frivillig fratreden grunnet negative tilbakemeldinger fra arbeidsgiver, mistrivsel eller økonomisk kompensasjon fra arbeidsgiver.

¹⁰ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 51 – 52.

¹¹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 52.

¹² Stavanger Byrett avsagt 2. juli 1999, Sogn Tingrett avsagt 15. mai 2007.

4 Legislative hensyn tilknyttet formålet om et inkluderende arbeidsliv

4.1 Hensyn for og mot et sterkt oppsigelsesvern

Kravet om saklig oppsigelsesgrunn er meget viktig for den alminnelige borger. Det å ha en sikker arbeidsplass er av sentral betydning for den enkeltes selvfølelse, trygghet, sosiale fellesskap og økonomi. I dagens samfunn er alle avhengige av å ha en fast inntekt.

Høy arbeidsdeltakelse er samfunnsøkonomisk effektivt, samt bidrar til økt brutto nasjonalprodukt. Samtidig er arbeidsdeltakelse ønskelig sett fra både arbeidsgivers og arbeidstakers synspunkt.

For at en virksomhet skal ha best mulig avkastning, er det nødvendig at arbeidstakerne utfører gode arbeidsprestasjoner. Følgelig står ”arbeidsgiveres behov for lojale og produktive arbeidstakere” på den ene siden, i motsetning til ”arbeidstakerens og samfunnets behov for stabile, trygge og forutsigbare ansettelsesforhold” på den andre siden.¹³ En interesseavveining må bli foretatt.

Høyesterett har lagt til grunn at sosiale hensyn er av sentral betydning ved vurderingen av vilkåret ”saklig begrunnet” oppsigelse, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7 jfr. eks Rt. 1984 s. 1058 (s. 1071).¹⁴

Arbeidsgivers interesse i å drive virksomheten på best mulig måte fordrer dyktige ansatte som er produktive. Dersom arbeidstakers arbeidsprestasjoner er mangelfulle grunnet kvalifikasjonsmangel eller sykdom, kan det resultere i at arbeidsgiver ønsker å si opp arbeidstakeren av hensyn til bedriftens avkastning. Arbeidsgiver vil således dra nytte av et svakt oppsigelsesvern. En lønnsom virksomhet tilfører samfunnet flere trygge arbeidsplasser på lengre sikt, hvilket også er i den alminnelige arbeidstakers interesse.

¹³ Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, side 261.

¹⁴ Hvor Høyesterett uttalte at det skal trekkes inn at arbeidstakeren er enslig forsørger og vil ha vanskeligheter med å finne seg annet arbeid.

På den andre siden oppleves oppsigelse som meget vanskelig for de arbeidstakerne som faktisk rammes. Dermed er det i de svakerestilte arbeidstakers interesse at oppsigelsesvernet er sterkt. På den andre siden kan et sterkt oppsigelsesvern muligens medføre at det blir vanskelig for personer med lav kompetanse eller redusert helsetilstand å oppnå sysselsetting.

Det er individuelt hvor hardt en arbeidstaker rammes av en oppsigelse. Arbeidstakerens alder,¹⁵ jobbmulighet,¹⁶ tjenestetid¹⁷ og familiesituasjon¹⁸ er viktige momenter i rimelighetsvurderingen. Disse momenter vil utredes nærmere i den konkrete saklighetsvurdering i del 6 og 7.

5 Oppsigelse begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner – vilkåret ”saklig begrunnet”

5.1 Rettslig grunnlag

En oppsigelse må være ”saklig begrunnet” for å anses rettmessig, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Problemstillingen er hvorvidt mangelfulle arbeidsprestasjoner grunnet kompetansemangel eller sykdom kan utgjøre en saklig oppsigelsesgrunn.

Høyesterett har fastslått at domstolen kan ”prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfatter de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren”, jfr. Rt. 1984 s. 1058 (s. 1067). Følgelig har domstolen full prøvesesrett i vurderingen av hvorvidt oppsigelsen er ”saklig begrunnet”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7.

¹⁵ Se f eks. Rt. 1984 s. 1058 (s. 1071).

¹⁶ Se f eks. LB-2004-7399 ”En oppsigelse begrunnet i hennes eget forhold vil utvilsomt gjøre det vanskelig for henne å skaffe seg et annet arbeid som hun er utdannet og kvalifisert for”.

¹⁷ LB-1999-3171 jfr. TOSLO-2008-81049 Oslo.

5.2 Kontraktsrettslig forhold mellom partene

Det klare utgangspunkt er at et arbeidsforhold bygger på en avtale, slik at det rettslige grunnlag er en kontrakt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dermed har arbeidstaker plikt til å utføre de arbeidsoppgaver som følger av kontrakten, samtidig som arbeidsgiver plikter å utbetale lønn til arbeidstaker.

Ved avgjørelsen av hvorvidt oppsigelsen er ”saklig begrunnet” i ”arbeidstakerens forhold” må en således ta utgangspunkt i arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. Dersom arbeidstakerens arbeidsprestasjoner ligger under nivået forutsatt i avtalen, foreligger det avtalebrudd.

5.3 Saklighetskravet

5.3.1 De rettslige utgangspunkter

Bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse viderefører § 60 i arbeidsmiljøloven av 1977 og dertil gjeldende rettspraksis.¹⁹ Således er eldre rettspraksis relevant ved tolkningen av vilkåret ”saklig begrunnet” i arbeidsmiljølovens § 15-7.

En naturlig forståelse av ”saklig begrunnet” tilsier at vilkåret avgrenser mot usaklige forhold. En slik forståelse av ordlyden har støtte i juridisk teori hvor det er lagt til grunn at det må anvendes skjønn ved vurderingen av om ”de omstendigheter som er grunnlag for oppsigelsen, representerer en slik grunnleggende brist i forutsetningene for arbeidsavtalen at det er rimelig og naturlig at det konkrete arbeidsforhold opphører. Skjønnnet må ta utgangspunkt i relevante argumenter og ikke gi rom for utenforliggende hensyn”.²⁰ Utenforliggende hensyn kan eksempelvis være religion, kultur, politiske standpunkt.²¹ Eller mer nærliggende, nedsatt funksjonsevne.

Det er hensiktsmessig å dele saklighetsvurderingen i tre; utenforliggende hensyn, arbeidsgivers saksbehandling og tilstrekkelig saklig grunn.²²

¹⁸ Rt. 1984 s. 1058 (s. 1071).

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) merknader til § 15-7.

²⁰ Per Arne Larssen, *Arbeidsmiljøloven 3. reviderte utgave*, side 444.

²¹ Larssen, side 444.

²² Dalheim, Note 590.

5.3.2 Utenforliggende hensyn

Det er på det rene at hverken kompetansemangel eller sykdom er usaklige hensyn dersom forholdene medfører mangelfulle arbeidsprestasjoner. Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan være brudd på arbeidsavtalen og således en saklig oppsigelsesgrunn basert på ”arbeidstakers forhold”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7.

I Chacón Navas-dommen blir det uttalt at oppsigelse av en funksjonshemmet er diskriminerende i henhold til direktiv 2000/78 dersom arbeidstakeren med rimelig tilrettelegging er ”kompetent, egnet og disponibel til at utføre de væsentlige funksjoner i forbindelse med sin stilling”.²³ En oppsigelse grunnet funksjonshemning vil i så måte være i strid med direktiv 2000/78, diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 4, samt usaklig etter arbeidsmiljølovens § 15-7 (1) dersom arbeidstaker etter rimelig tilrettelegging er i stand til å utføre stillingens vesentlige funksjoner. Domstolen presiserer at sykefravær i seg selv ikke er tilstrekkelig til å kvalifiseres for vern etter direktivet. Chacón Navas-dommen kommer i forlengelse av norsk rettspraksis hvor det er lagt til grunn at sykdom i seg selv ikke er saklig grunn til oppsigelse, jfr. Rt. 1988 s. 959.

5.3.3 Arbeidsgivers saksbehandling i oppsigelsesprosessen

Kravet om betryggende saksbehandling utledes av vilkåret ”saklig begrunnet” i arbeidsmiljølovens § 15-7. Oppsigelsesprosessen må være ”balansert og involverende i forhold til arbeidstaker, herunder ved at han får klare tilbakemeldinger og gis mulighet for å bli hørt med sitt syn. Den må videre være innrettet slik at den er egnet til å gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag”, jfr. LG-2005-183540. Dersom arbeidsgiver vurderer oppsigelse av arbeidstaker grunnet mangelfulle arbeidsprestasjoner, har arbeidsgiver en rekke plikter som må gjennomføres.

Ved bedømmelsen av hvorvidt en oppsigelse er ”saklig begrunnet”, vil det ”i mange tilfelle[r] (...) kunne ha betydning om advarsel er gitt”, jfr. Rt. 1956 s. 578 (s. 580). I

²³ C-13/05.

nevnte dom ble det ikke vektlagt at advarsel ikke var gitt, ettersom arbeidstakeren visste at arbeidsgiver var misfornøyd med hans opptreden.

Årsaken til at advarsel bør gis, er at arbeidstakeren vil få mulighet til å forbedre arbeidsprestasjonen. I så måte er det gjerne viktigere å gi arbeidstaker advarsel dersom de mangelfulle arbeidsprestasjoner skyldes kompetansesvikt, til forskjell fra sykdom, siden muligheten til å forbedre arbeidsprestasjonen kan være enklere. Advarsel ivaretar dessuten hensynet til forutberegnelighet ved at arbeidstakeren blir gjort oppmerksom på at vedvarende mangelfull arbeidsprestasjon kan medfører oppsigelse.

Det er ikke et rettslig krav at advarsel må blir gitt, men en advarsel vil sannsynligvis tale til arbeidsgivers fordel ved vurderingen av saksbehandlingen. Høyesterett sin uttalelse i Rt. 1987 s. 562 (s. 567) er illustrerende; en formell advarsel ”hadde vært ønskelig”, men manglende advarsel ble ikke funnet avgjørende.

Ved en påfølgende tvist i etterkant av en oppsigelse, er det imidlertid avgjørende at arbeidsgiver kan dokumentere at saksbehandling tilknyttet oppsigelsen har vært betryggende.²⁴ Eksempel på dokumentasjon er skriftlige referat av møter med den ansatte eller bevis om gjennomførte tiltak i form av opplæring og tilrettelegging. Hertil kommer at arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner må kunne dokumenteres, hvilket henger sammen med at arbeidsgiver har bevisbyrden for at svikt foreligger.²⁵

5.3.4 Tilstrekkelig saklig grunn

Det blir ofte reist spørsmål om hvorvidt den mangelfulle arbeidsprestasjon er tilstrekkelig saklig grunn. Bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 15-7 gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor virksomhetens behov avveies mot arbeidstakerens behov.²⁶ Det er en høy terskel for å si opp ansatte, hvilket betyr at arbeidsgiver må påvise ”gode grunner” for oppsigelsen.²⁷ Domstolene stiller ”særlig strenge krav” ved oppsigelse begrunnet i ”arbeidstakerens forhold”.²⁸

²⁴ LG-2005-183540 Gulating.

²⁵ LG-2005-183540 Gulating.

²⁶ LB-1999-3171 jfr. Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, side 781.

²⁷ Fougner / Holo, side 781.

²⁸ Fougner / Holo, side 781.

I avhandlingen vil først og fremst kravet om tilstrekkelig saklig grunn bli problematisert ettersom dette vilkåret er mest skjønnsmessig, og derfor er gjenstand for mest diskusjon og tvil. Skjønnnet relaterer seg særskilt til rimelighetshensynet som er blitt viktigere de senere år.²⁹

Kravet om tilstrekkelig saklig grunn er blant annet presisert i Rt.2001 s. 1362 (s. 1376), hvor Høyesterett uttaler at ”arbeidstakers forhold ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med forhold på arbeidsgiversiden og hva virksomhetens interesser tilsier”.

I det følgende vil det bli foretatt en nærmere redegjørelse av hvor omfattende prestasjonssvikten må være i lys av relevante rimelighetsbetraktninger på virksomhetens, arbeidsgiverens og arbeidstakerens side. En konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle er nødvendig.

6 Oppsigelse begrunnet i kompetansemangel

6.1 De rettslige utgangspunkter

I dette kapittel vil mangelfulle arbeidsprestasjoner som en konsekvens av kompetansemangel bli behandlet. Redegjørelsen retter seg mot tilfeller hvor arbeidstaker ikke er flink nok til å gjøre en tilfredsstillende jobb. Det avgrenses mot arbeidstakers forsettlige handlinger, som ordrenekt, samt handlinger hvor arbeidstaker kan bebreides.

Spørsmålet er hvor mye som skal til for at en oppsigelse anses som ”saklig begrunnet” i ”arbeidstakers forhold”, i tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner grunnet kompetansesvikt, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7.

²⁹ Rt. 1966 s. 393 og Rt 1972 s. 1330 jfr. Ot.prp.41 (1975-76) side 72 hvorav det følger at ”rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommer sterkere inn i bildet”.

Ved den samlede saklighetsvurdering, vil utgangspunktet være arten og omfanget av den anførte kompetansesvikt.³⁰

6.2 Krav på en rimelig arbeidsytelse

På grunnlag av at det foreligger en arbeidsavtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, er utgangspunktet at arbeidsgiver bestemmer hvilke kvalitetskrav som stilles til utførelsen av arbeidet. Arbeidstaker har samtykket til å utføre det arbeid som tilligger stillingen ved å inngå arbeidskontrakt med arbeidsgiver. Dog kan det være uklart hvilke prestasjoner som kreves av stillingen arbeidstaker besitter, samt at det er klart at arbeidsgiver ikke kan stille ubegrenset høy krav til utførelse.

I LA-2008-24057 ble det uttalt at vurderingstemaet er hvorvidt arbeidsprestasjonene ligger innenfor det man ”med rimelighet kan forvente av en person med [arbeidstakerens] bakgrunn, utdanning og alder”. Fokuset var ikke stillingen, men personen. Selv om arbeidsgiver i en viss utstrekning plikter å tilpasse arbeidet til arbeidstakeren, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2 bokstav b, er vurderingstemaet upresist angitt i dommen. Det korrekte utgangspunkt for vurderingen av arbeidstakerens arbeidsytelse, er som nevnt stillingen arbeidstakeren besitter.

LG-2005-49282 må anses å gi uttrykk for gjeldende rett. Det er uttalt at ”det forelå betydelige mangler ved [arbeidstakerens] utførelse av arbeidet i forhold til det arbeidsgiver med rimelighet kunne forvente ut fra arbeidsavtalen og stillingens art og karakter”. Følgelig må svikten i arbeidsprestasjon være av en viss alvorlighetsgrad, hvilket beror på en konkret rimelighetsvurdering. Rimelighetsvurderingen vil dessuten variere i lys av hvilken type stilling arbeidstakeren besitter.

Eksempelvis er det svært viktig at en flygeleder eller flykaptein er meget kompetent og utfører gode arbeidsprestasjoner. Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan resultere i alvorlige ulykker. På den andre siden vil mangelfull arbeidsprestasjon utført av en butikkmedarbeider ha få konsekvenser. Dermed kan en legge til grunn at ”jo mer ansvar

³⁰ Se eks. LG-2005-183540 hvor en lagermedarbeider ble oppsagt etter 20 år som ansatt i bedriften.

som tilligger stillingen, jo mindre feil og svikt vil normalt kunne aksepteres”.³¹ Det kan i så måte anføres at en arbeidstaker som besitter en ansvarsfull stilling har større risiko for oppsigelse dersom arbeidsprestasjonene er mangelfulle, sammenlignet med den alminnelige arbeidstaker.

I forlengelse av momentet om ansvar, må konsekvensen av arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner tillegges vekt. Eksempelvis har det liten betydning om en butikkmedarbeider i en dagligvarekjede kommer i skade for å ødelegge noen varer, sammenlignet med om en flyver krasjer et fly. Det er også et moment i hvilken grad virksomhetens økonomi påvirkes av arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjon.

6.3 Helhetsvurdering – arbeidsgiverens interesser avveies mot arbeidstakerens interesser

Det er klart at det er nødvendig at utførte arbeidsoppgaver er under det arbeidsgiver med rimelighet kan kreve. Forholdet er imidlertid ikke tilstrekkelig.

I lærerdommen presterte læreren ”under det man med rimelighet kan forvente”, jfr. LB-2004-7399. Likevel konkluderte retten med at oppsigelsen var usaklig ettersom den fremsto som en ”urimelig reaksjon i forhold til det (...) [arbeidstaker] kan klandres for”. Ved bedømmelsen av sakligheten av oppsigelsen må det bli utført en ”helhetsvurdering der så vel arbeidstakers som arbeidsgivers forhold må vurderes”.³²

Lagmannsrettsdommen gir uttrykk for fast rettspraksis.

Etter min mening er det fornuftig å foreta en tredelt vurdering ved bedømmelsen av hvorvidt oppsigelsen er ”saklig begrunnet”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Vurderingen må riktignok være sammensatt og de ulike momenter må vurderes i lys av hverandre. Tredelingen medfører likevel at de viktigste forhold blir tatt i betraktning, samt at vurderingen blir strukturert og ryddig.

³¹ Dagny Raa, *Arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner*, Mediaplanet Online, Publisert 27. august 2008.

³² LB-2004-7399.

Inndelingen kan utføres på følgende måte. Først foretas en konkret vurdering av arbeidstakerens arbeidsprestasjon i punkt 6.4 og 6.5. Vurderingen blir foretatt i lys av stillingens art og karakter,³³ samt at arbeidsprestasjonen blir sammenlignet med hva som er vanlig.³⁴

Deretter vil det i punkt 6.6 bli foretatt en redegjørelse av tiltak iverksatt av arbeidsgiver i forbindelse med plikten til å gjennomføre opplæring og tilrettelegging.³⁵

Tredje del som behandles i del 6.7, er en vurdering av rimelighet, nærmere bestemt en interesseavveining av arbeidsgiverens og arbeidstakerens behov.³⁶

6.4 Hva skal til for at en arbeidsprestasjon er under det arbeidsgiver med rimelighet kan forvente?

I vurderingen av hvorvidt arbeidsprestasjonen er dårligere enn hva arbeidsgiver rimeligvis kan forvente, må en ta utgangspunkt i arbeidsavtalen som danner grunnlaget for hva arbeidstaker skal prestere.

Videre kan ansettelsestiden spille inn ved vurderingen av hva arbeidsgiver med rimelighet kan forvente. Ifølge Fanebust må arbeidstaker som har vært tilsatt i virksomheten i flere år, ha "et mer rommelig slingringsmonn" enn en som har vært ansatt i kortere tid.³⁷ Momentet om lang tjenestetid er begrunnet i at arbeidstakeren bør få betalt for innsats nedlagt i bedriften.³⁸ Ved et langt ansettelsesforhold kan det dessuten bli problematisert hvorvidt arbeidsgiver har akseptert arbeidstaker som den arbeidstakeren er, faglig og personlig.³⁹

Det er dessuten fastslått i sikker rettspraksis, samt i juridisk teori, at arbeidsgiver har krav på en "normal arbeidsytelse" fra arbeidstakeren, jfr. eksempelvis LB-2004-7399.

³³ LG-2005-49282.

³⁴ RG-1956-281 Frostating.

³⁵ LB-2001-3622.

³⁶ Rt-1987-567 side 568 "hvor jeg også har vurdert de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende".

³⁷ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 261.

³⁸ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 96.

³⁹ TOSLO-2005-169744 Oslo.

Ikke en ”hvilken som helst påstått dugelighetssvikt fra arbeidstakerens side berettiger til oppsigelse”, jfr. LB-2004-7399.

Det synes å være tilfeldig hvorvidt lagmannsretten i ulike rettsavgjørelser tar utgangspunkt i om arbeidsprestasjonen er normal eller om arbeidsprestasjonen er innenfor det arbeidsgiver med rimelighet kan forvente. Ettersom vurderingskriteriet i ulike lagmannsrettsavgjørelser veksler mellom å være om arbeidsprestasjonen er rimelig eller normal, tilsier det at en normal arbeidsprestasjon er hva arbeidsgiver med rimelighet kan forvente.

Spørsmålet er om det har betydning at arbeidsgiver vil kunne få en bedre arbeidstaker ved nytilsetting.

I ullvarefabrikksdommen var en farger oppsagt fra sin stilling grunnet arbeidstakerens arbeidsprestasjoner, jfr. RG-1956-281 Frostating. Ullvarefabrikksdommens viktigste rettskildemessige betydning er følgende bemerkning; ”Det er nok så at bedriftens interesse tilsier å få tak i best mulig kvalifiserte folk, men skal en bedrift kunne si opp en mann fordi om bedriften har muligheter for å få tak i en bedre mann i hans sted kan det lett føre til uholdbare tilstander. Den sikkerhet som det har vært meningen å gi arbeideren (...) ville lett blitt illusorisk hvis bedriften bare behøver å anføre en slik vurdering som grunn for oppsigelsen”. Det kan utledes at det ikke er tilstrekkelig saklig grunn at en annen person vil yte bedre arbeidsprestasjoner enn den ansatte arbeider. Arbeidsgiver kan følgelig ikke stadig sondere markedet for å bytte ut de svake arbeidstakere med dem som er dyktigere. Bedriftens behov for best mulig arbeidskraft har i så måte mindre vekt enn hensynet til arbeidstakeren.

Ved vurderingen av hvorvidt arbeidsprestasjonen er innenfor normalvariasjonen, må en likevel sammenligne arbeidsprestasjonen med prestasjoner som ytes i tilsvarende virksomheter. Herunder er det et poeng at det blir gjort feil i alle typer arbeid, svært få arbeidstakere er i stand til å yte optimal arbeidsprestasjon hver eneste dag. Mangelfulle prestasjoner er vanlig.

I ullvarefabrikksdommen uttaler lagmannsretten at ”de feil som måtte være begått av (...) [arbeidstakeren] ikke er mer omfattende enn hva der vanligvis vil forekomme i et

farveri. Fra bedriftens side er det i ethvert fall ikke godtgjort at feilprosenten ved bedriftens farveri er større enn ved andre farverier”, jfr. RG-1956-281 Frostating. Med denne begrunnelse kommer lagmannsretten til at det ”ikke er godtgjort feil eller forsømmelser fra (...) [arbeidstakers] side eller andre klanderverdige forhold ved hans person som skulle gjøre oppsigelsen av ham saklig begrunnet”.

Selv om man skal sammenligne med andre arbeidere i samme type stilling, er det ikke avgjørende at det finnes arbeidere med bedre arbeidskapasitet og kvalitet.

I juridisk teori presiseres et viktig poeng, hvilket er varigheten av den sviktende arbeidsprestasjon. Det må tas ”høyde for at arbeidstakers innsats kan variere over tid”, men det er ”annerledes der svikten fremstår som mer permanent”.⁴⁰

6.5 Arbeidsprestasjon – beror på stillingens karakter

6.5.1 De rettslige utgangspunkter

Arbeidskontrakten er det rettslige grunnlag ved vurderingen av arbeidstakerens arbeidsprestasjon. Arbeidskontrakten forutsetter hvilke arbeidsoppgaver som forventes utført. Stillingens art og karakter er således av betydning ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonsmangelen er en tilstrekkelig saklig oppsigelsesgrunn. Dersom det foreligger stillingsinstruks, vil instruksens utgjøre utgangspunkt for vurderingen av hvorvidt den mangelfulle arbeidsprestasjon er en saklig oppsigelsesgrunn. Dertil kommer at mangelfulle arbeidsprestasjoner må vurderes i lys av arbeidstakers samlede arbeidsoppgaver, ikke bare en del av arbeidsområdet. I bosenterdommen la lagmannsretten ”særlig vekt på at mistilliten til [arbeidstaker] er konsentrert om en avgrenset del av hennes oppgaver som boleder, og at hennes arbeidssituasjon må betegnes som vanskelig”, jfr. LB-2007-74289.

I det følgende vil det bli foretatt en vurdering av enkelte stillingstyper.

⁴⁰ Erik C. Aagaard, Nina Melsom *Bedriftens Personelhåndbok, Rett og plikt i arbeidsforhold* 7. utgave, side 277.

6.5.2 Lederstillinger - skjerpede krav til arbeidsprestasjon

Det følger av fast rettspraksis at det stilles strengere krav til en leders arbeidsprestasjoner enn en alminnelig ansatt. Strengere krav til arbeidsprestasjoner medfører at oppsigelsesvernet reelt blir svakere. Her er det et poeng at arbeidstaker frivillig inngår avtale med arbeidsgiver om å gjennomføre arbeidsoppgavene som stillingen krever. Oppsigelsesvernet til en leder er i så måte ikke annerledes enn en hvilken som helst annen stilling som fordrer meget gode arbeidsprestasjoner.

I enkelte topplederstillinger er det imidlertid stort press fra arbeidsgiver, media og samfunnet generelt om at det kun skal leveres arbeidsprestasjoner av beste kvalitet. Dermed blir det for noen toppledere inngått såkalte fallskjermavtaler hvor arbeidstaker fraskriver seg oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven til fordel for etterlønn, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-16 annet avsnitt. Likevel presiseres det at de aller fleste ledere, for eksempel mellomledere, formelt sett ikke har noe svakere oppsigelsesvern enn andre ansatte.

Årsaken til at det forventes mer av en leder, er at lederen er overordnet øvrige arbeidstakere. En viktig del av lederens arbeidsoppgaver er å ledsage øvrige ansatte, hvilket betyr at lederen må være dyktig for å oppnå tillit. Dessuten vil det ha større betydning for virksomheten om en leder leverer mangelfulle arbeidsprestasjoner, til forskjell fra en av de alminnelige arbeidstakere i bedriften.

I bestyrerdommen var problemstillingen om det forelå saklig begrunnelse ved oppsigelsen av en bestyrer, jfr. Rt. 1987 s. 562. Selv om bestyreren kun hadde fungert i stillingen i 3,5 måneder fant Høyesterett at oppsigelsen begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner var saklig. Høyesterett vektla at stillingen som bestyrer var en lederstilling, hvorav bestyreren hadde utvist ”sterk svikt i utføringen av sin bestyrerfunksjon” (s. 566). Videre hadde personalgrupper som bestyreren var ansvarlig for klaget på bestyrerens arbeidsprestasjoner og lederegenskaper.

I dagliglederdommen ble oppsigelse begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner ansett saklig, jfr. LG-2005-49282 Gulating. Det forelå ”betydelige mangler” ved daglig leder sin arbeidsutførelse i forhold til det som ”med rimelighet kunne forvente[s] ut fra arbeidsavtalen og stillingens art og karakter”. Lagmannsretten uttaler at ”[s]om daglig

leder og eneste fast ansatt på stedet var arbeidsgiver avhengig av å ha tillit” til arbeidstakeren. En kan utlede at i tilfeller hvor arbeidsgiver er særskilt avhengig av å ha tillit til arbeidstakeren, er dette et vesentlig moment i saklighetsvurderingen. Momentet om tillit kan også utledes av Høyesterett sin redegjørelse i flystyrmanddommen.⁴¹

6.5.3 Sikkerhetssensitive stillinger

Det stilles strengere krav enn vanlig til arbeidsprestasjonen i sikkerhetssensitive stillinger, hvilket illustreres av purserdommen. I purserdommen ble en purser oppsagt, hvilket lagmannsretten fant saklig på grunn av de strenge krav til flysikkerhet, jfr. LB-1999-3171. Det ble uttalt at kabinansattes ”evne til å opptre rasjonelt under press er av sentral betydning for flysikkerheten”. Dessuten er purserens evne til å ivareta flysikkerhet avgjørende i henhold til stillingsinstruksen. Purserdommen illustrerer at stillingens art og karakter er avgjørende i vurderingen av hva som rettslig sett anses som en tilstrekkelig mangelfull arbeidsprestasjon i relasjon til oppsigelse.

6.5.4 Serviceyrker, kundebehandling

Arbeidstakere i serviceyrker er bedriftens ansikt utad, og en vesentlig del av arbeidsoppgavene er således god kundebehandling. Dersom kundebehandlingen er lite tilfredsstillende kan arbeidsprestasjonen være mangelfull. Dege viser til at en butikkmedarbeider skal være vennlig, samt ”opptre på en høflig og korrekt måte”.⁴²

I underrettspraksis er det lagt til grunn at dårlig kundebehandling kan være en saklig grunn til oppsigelse. Ved et tilfelle ble oppsigelse av en butikkmedarbeider ansett saklig på grunn av dårlig kundebehandling på tross av at arbeidstakeren hadde arbeidet som ekspeditrise i 35 år.⁴³ Videre ble en kassedame ved et annet tilfelle rettmessig oppsagt på grunn av at hun var uhøflig overfor kunder, samt lite serviceinnstilt.⁴⁴

Det er dessuten et moment hvorvidt arbeidsgiverens drift står i fare ved arbeidstakerens opptreden. I en arbeidsrettssak ble det vektlagt at en hovmesters opptreden, medførte at

⁴¹ Rt. 2003 s. 1702.

⁴² Jan Tormod Dege, *Arbeidsrett Rettigheter og plikter i arbeidsforholdet*, side 693.

⁴³ RG-1991-83 Skien og Porsgrunn byrett .

⁴⁴ RG-1991-579 Nordre Sunnmøre.

restauranten risikerte frafall av gjester og ansatte, hvilket kunne true den videre drift av restauranten.⁴⁵

6.5.5 Lærere

Det er avsagt flere dommer i forbindelse med oppsigelse av lærere. Før grunnskoleloven ble opphevet ved lov av 17.juli 1998 nr. 61 var prestasjonssvikt i virkeligheten ikke en oppsigelsesgrunn for lærere i skolen.⁴⁶ Lærernes særskilt strenge oppsigelsesvern ble kritisert på 90-tallet fordi lærerne ikke lenger hadde en spesielt utsatt stilling sammenlignet med andre arbeidstakere. Kritikken førte til endring av lovverket. Det er svært viktig for elevenes læringsutbytte at lærere er dyktige og kvalifiserte, hvilket i senere tid har medført sterkt fokus på lærernes kvalifikasjoner.

Ved vurderingen av en lærers arbeidsprestasjon er det ikke bare faglige kvalifikasjoner som er avgjørende. Det er vesentlig at læreren har ro, orden og disiplin i klassen, hvilket illustreres i lærerdommen, jfr. LB-2004-7399. I lærerdommen fant retten at arbeidstakerens arbeidsprestasjoner ”lå under det man med rimelighet kan forvente av en lærer hva angår evnen til å sørge for orden, ro og disiplin i klassene”.

6.6 Arbeidsgivers opplærings- og tilretteleggingsplikt

6.6.1 De rettslige utgangspunkter

Redegjørelsen av arbeidsgivers plikt til å iverksette tiltak for å sikre at arbeidstakers arbeidsprestasjoner kommer opp på et forsvarlig nivå, kan med fordel deles i to. Første del gjelder arbeidsgivers avklarings- og opplæringsplikt i forbindelse med ansettelse av arbeidstaker. Avklaringsplikten er aktuell forut for arbeidstakers tiltredelse, mens opplæringsplikten er sentral ved tiltredelse. Avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er av vesentlig betydning i forhold til omfanget av opplæringsplikten. Andre del omhandler tilrettelegging når arbeidstakers arbeidsprestasjoner svikter etter ansettelse. I denne sammenheng er arbeidsmiljølovens § 4-2 sentral.

⁴⁵ NAD 1986 s. 276 Oslo.

⁴⁶ Thor-Erik Johansen, *Inngåelse og avslutning av Arbeidsforhold*, side 60.

6.6.2 Arbeidsgivers plikt til å avklare kvalifikasjoner ved ansettelse og plikt til opplæring av nyansatte

For det første har arbeidsgiver en undersøkelsesplikt av arbeidstakerens kvalifikasjoner ved ansettelsen.⁴⁷ Plikten til å undersøke hvilke kvalifikasjoner arbeidstakeren besitter, betegnes som arbeidsgivers avklaringsplikt. Arbeidsgiver har i så måte til en viss grad risikoen for at arbeidstaker er i stand til å utføre tilfredsstillende arbeidsprestasjoner.

Arbeidsgivers opplæringsplikt er først aktuell fra det tidspunkt arbeidstaker tiltrer i stillingen, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2. Omfanget av arbeidsgivers plikt til opplæring må ”ses i sammenheng med de forventninger arbeidstaker ved ansettelsen har skapt om egne kvalifikasjoner, egenskaper m.v.”.⁴⁸ Arbeidsgivers avklarings- og opplæringsplikt henger således nøye sammen.

Hertil kommer at ved tiltredelse i enkelte stillinger er det forutsatt i arbeidskontrakten at opplæring ikke skal være nødvendig.⁴⁹ Det blir dermed lagt til grunn at arbeidstaker allerede besitter de nødvendige kvalifikasjoner til å utføre tilfredsstillende arbeidsresultat fra starten av arbeidsforholdet. Herunder er det et avgjørende moment hva som er avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Platearbeiderdommen, hvor en bedrift hadde søkt etter en fullt ut kvalifisert platearbeider, illustrerer gjeldende rett, jfr. Tønsberg byrettsdom av 21. desember 1982. I ansettelsesprosessen unnlot arbeidstaker å gi opplysninger om at han manglet praksis som platearbeider. Arbeidstaker gav tvert imot inntrykk av at han hadde de kvalifikasjoner arbeidsgiver etterspør. Retten fant at ferdigheten som platearbeider måtte vedlikeholdes, og at arbeidstaker i så måte ikke hadde gjennomført tilstrekkelig gode arbeidsresultater. En kan utlede at i tilfeller hvor arbeidsgiver etterspør konkrete egenskaper i søknad, forutsettes det at opplæring hva angår nevnte egenskaper, i liten grad er nødvendig.

Det kan videre presiseres at i de aller fleste tilfeller er det nødvendig med innføring og veiledning i bedriftens interne forhold.⁵⁰ Selv om en arbeidstaker har tilstrekkelige kvalifikasjoner, må vedkommende settes inn i bedriftens rutiner slik at

⁴⁷ Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett, 2.utgave, Den individuelle delen*, side 268.

⁴⁸ Raa, *Arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner*.

⁴⁹ Melsom / Aagaard, side 275.

arbeidsoppgavene kan utføres i tråd med bedriftens alminnelige praksis. Videre vil graden og omfanget av opplæring naturligvis bero på stillingens art og karakter i lys av arbeidsoppgaver og vanskelighetsgrad av arbeidet. Eksempelvis er det i større grad nødvendig med opplæring av en erfaren sykepleier som ansettes i en ny avdeling, enn en erfaren yrkessjåfør som får arbeid i en ny bedrift. Årsaken er hvorledes forholdene i virksomheten skiller seg fra lignende virksomheter. Arbeidsoppgavene i ulike avdelinger på sykehuset er veldig varierende, mens hovedoppgaven til en yrkessjåfør er kjøreferdigheter som er like uansett arbeidsgiver.

6.6.3 Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt når arbeidsprestasjonene svikter etter ansettelse

6.6.3.1 Svikt som skyldes arbeidstakers tap av kvalifikasjoner

Arbeidsgiver har en alminnelig plikt til at arbeidet ”organiseres og tilrettelegges” under hensyn til ”den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2 annet avsnitt, bokstav b. Ordlyden tilsier at arbeidstakeren har rettskrav på individuell tilrettelegging, hvilket har sammenheng med hvilke arbeidsprestasjoner som kan forventes. I henhold til juridisk teori krever bestemmelsen at ”arbeidsgiver tar individuelle hensyn ved organisering og tilrettelegging av arbeidet. Arbeidsgiver plikter å forvisse seg om at den enkelte arbeidstaker er skikket til å utføre de oppgaver man bli satt til”.⁵¹ Den alminnelige tilretteleggingsplikt indikerer således at arbeidsgiver ikke rettmessig kan si opp en arbeidstaker umiddelbart dersom arbeidsprestasjonene svikter. Arbeidstakers kompetanse kan eksempelvis svikte på grunn av alder, sosiale problemer eller familiære forhold.

En arbeidsgiver ”må akseptere at arbeidstakernes arbeidsevne ikke er statisk gjennom et langt arbeidsliv”.⁵² Det er normalt at en arbeidstaker arbeider effektivt i deler av sitt arbeidsliv, mens i andre perioder kan arbeidsoppgavene ta lenger tid å gjennomføre.⁵³

⁵⁰ Melsom / Aagaard, side 275.

⁵¹ Ytre-Arna, Note 114.

⁵² Benson, side 118.

⁵³ Benson, side 118.

Dersom en arbeidstaker over en lengre periode leverer mangelfulle arbeidsprestasjoner fordi arbeidstakers kvalifikasjoner svekkes, må arbeidsgiver iverksette tiltak for å forbedre situasjonen før oppsigelse kan bli aktuelt.

Tilretteleggingsplikten er således vesentlig i vurderingen av hvorvidt en oppsigelse er ”saklig begrunnet”, slik at uteblivelse av individuelle tiltak tilsier at det ikke foreligger tilstrekkelig saklig grunn, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Hvor kompetansen til arbeidstaker svekkes, kan aktuelle tilretteleggingstiltak være å avholde kurs eller anskaffe fysiske hjelpemidler som forenkler arbeidsoppgavene.

6.6.3.2 Svikt som skyldes endrede arbeidsoppgaver eller krav til stillingen

Opplæring og tilrettelegging henger sammen, slik at opplæring ikke bare er aktuell i forbindelse med ansettelse, men også ved endringer som påvirker arbeidstakers arbeidssituasjon. I henhold til arbeidsmiljøloven § 4-2 første avsnitt, skal arbeidsgiver gi sine ansatte ”nødvendig opplæring” i systemer som anvendes ved gjennomføring av arbeidet. Ordlyden tilsier at opplæringen skal være individuell i lys av arbeidstakerens behov. I juridisk teori er arbeidsgivers plikt anført å være enda videre. Det er anført at ”[n]ye systemer (...) ikke [skal] implementeres før de berørte arbeidstakerne har fått den nødvendige opplæring. Bestemmelsen skal sikre at arbeidstakerne er kvalifisert til å bruke systemene som implementeres i virksomheten”.⁵⁴ Ved omorganisering er således tilretteleggingsplikten mer vidtrekkende sammenlignet med tilfeller hvor arbeidsoppgavene ikke påvirkes av endringer som gjennomføres.

Arbeidsgiver har plikt til å gi ”tilstrekkelig informasjon og opplæring slik at arbeidstaker er i stand til å utføre arbeidet” når det skjer ”endringer som berører vedkommendes arbeidssituasjon”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2 annet avsnitt bokstav e. En naturlig forståelse av ordlyden er at opplæringsplikten skal være så omfattende at arbeidstaker klarer å utføre arbeidsoppgavene. At opplæringsplikten er forholdsvis vid, er naturlig ettersom det er arbeidsgiver som endrer arbeidsoppgavene til arbeidstaker underveis i ansettelsesforholdet. Forarbeidene presiserer at bestemmelsen ”særlig [tar] sikte på mestringsaspektet, det vil si å sikre at arbeidstakerne settes i stand til å mestre

⁵⁴ Benson, side 118.

nye arbeidsoppgaver/arbeidsmåter”.⁵⁵ Videre blir det eksemplifisert at endringer kan bestå i ”innføring av ny teknologi, nye systemer for informasjonsbehandling, nye produksjonsplaner med videre”.⁵⁶

Bestemmelsen er meget relevant i dag ettersom jobbene endrer seg mer og raskere enn tidligere på grunnnet stadige teknologiske fremskritt. I tilleggssavtale IV til Hovedavtalen LO-NHO [2006] blir betydningen av systematisk opplæring understreket som et viktig virkemiddel ved anvendelsen av ny teknologi.⁵⁷ Undersøkelser viser at hver tredje arbeidstaker sier at de må etterutdanne seg i nær fremtid for å holde tritt med jobben.⁵⁸ Ikke alle klarer å henge med i utviklingen. I flere tilfeller er det de eldre arbeidstakere med lengst ansiennitet som får størst problemer med å tilpasse seg nye arbeidsoppgaver. Dermed vil gjerne hensynet til bedriftens behov for ny ekspertise stå i motsetning til arbeidstakerens rettigheter i henhold til det tradisjonelle utvelgelsessystem basert på ansiennitet.⁵⁹

Spørsmålet er hvor mye ressurser arbeidsgiver plikter å anvende på opplæring av en arbeidstaker som ikke klarer å tilpasse seg omstillingsprosesser.

Jakhelln drøfter omfanget av arbeidsgivers opplærings- og tilretteleggingsplikt, og starter med å fastslå at plikten avhenger av flere forhold.⁶⁰ Dertil kommer at ”[s]å lenge det er tale om opplæring innenfor den generelle utvikling på det faglige område som dekkes av arbeidstakers arbeidsplikt, slik at det er tale om en faglig oppdatering av kunnskaper, må det antas at arbeidsgiver vil være forpliktet til å sørge for at slik oppdatering kan finne sted”.⁶¹ Hvilket henger sammen med at en slik omstillingsprosess ikke rokker ved innholdet i arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Jakhelln anfører videre at ”[h]vor det ikke er tale om faglig oppdatering, men om opplæring utover dette, er det atskillig mer tvilsomt hvor langt arbeidsgivers forpliktelse strekker seg”.⁶² Dersom den nye teknologi krever et ”helt annet kompetansenivå, vil

⁵⁵ Ot.prp. 49 (2004-2005), Merknader til § 4-2.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Avtalens avsnitt V jfr. Jakhelln, side 323.

⁵⁸ Grimsmo og Hilsen jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 56.

⁵⁹ Fougner / Holo, side 790.

⁶⁰ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave* side 323.

⁶¹ Jakhelln, side 323.

⁶² Jakhelln, side 323.

arbeidsgiver neppe være forpliktet til å bekoste opplæring av lengre varighet, eller som innebærer betydelige omkostninger”.⁶³ Grensen presiseres å være skjønnsmessig, samt at virksomhetens størrelse har betydning for forpliktelser til å holde faglige kurs, samt betale for utgifter i tilknytning til kurs.

Det er vesentlig i hvilken grad omstillingsprosessen endrer stillingens karakter ettersom arbeidsavtalen er utgangspunktet av hvilken opplæring arbeidsgiver plikter å gi arbeidstaker. En parallell kan muligens trekkes til hva som kan forventes av arbeidstakerens arbeidsprestasjoner. I den forstand at arbeidsgiver ikke kan forvente en normal arbeidsprestasjon dersom nye arbeidsoppgaver forutsetter et helt annet kompetansenivå.

På den andre siden har arbeidstakeren en plikt til å utføre de arbeidsoppgaver som følger av arbeidskontrakten. Slik må arbeidstaker holde tritt med samfunnsutviklingen. Det er ”viktig at arbeidstakeren fortløpende følger med i den utvikling som skjer innenfor vedkommende arbeidsfelt, herunder sørge(...) for å oppdatere seg på det som er nødvendig for å utføre arbeidsoppgavene som tilligger stillingen”.⁶⁴ Følgelig har også arbeidstakeren en plikt til å tilpasse seg nye arbeidsoppgaver.

Mangel på jevnlig opplæring og tilrettelegging kan imidlertid medføre at arbeidstakeren ikke mestrer å gjennomføre tilfredsstillende arbeidsresultat, hvilket igjen kan resultere i tap for arbeidsgivers virksomhet. Følgelig kan det være lønnsomt for arbeidsgiver å anvende ressurser på opplæring.

Dersom arbeidstakerens arbeidsprestasjoner svekkes etter omorganisering som berører arbeidstakerens arbeidssituasjon, plikter arbeidsgiver i større grad å gjennomføre opplæring og tilrettelegging sammenlignet med tilfeller hvor endringer ikke har funnet sted. Terskelen er således høyere for at en oppsigelse anses saklig. Også hvor arbeidssituasjonen endres har arbeidsgiver plikt til å ta hensyn til arbeidstakerens ”arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2 annet avsnitt bokstav b. Bestemmelsen om individuell tilrettelegging utfyller således plikten til å gi ”tilstrekkelig informasjon og opplæring”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2

⁶³ Jakhelln, side 323.

annet ledd bokstav b jfr. bokstav e, hvilket illustreres i LG-2005-183540.

Lagmannsretten uttaler ”at de enkelte medarbeidernes forutsetninger for rask omstilling varierte atskillig. Det påhvilde derfor bedriftsledelsen et særlig ansvar for tilretteleggelse og oppfølging for å bidra både til trivsel, jobbmestring og et sunt arbeidsmiljø”.

6.6.4 Omplassering

Arbeidsmiljøloven stiller ingen eksplisitt krav om omplassering i forbindelse med kompetansemangel. Spørsmålet er om arbeidsgiver likevel har plikt til å vurdere omplassering som et alternativ til oppsigelse.

I følge Fanebust må spørsmålet ”utvilsomt besvares bekreftende” fordi oppsigelse er en alvorlig reaksjon som ikke bør benyttes uten at det er helt nødvendig.⁶⁵ Grunnlaget for å innfortolke et krav om omplassering er eldre rettspraksis som ble avsagt før vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 1977.⁶⁶ Fanebust viser blant annet til Rt. 1962 s. 888 (s. 890) hvor Høyesterett la til grunn at en bedrift ikke hadde rett til å si opp en arbeidstaker med 30 års tjeneste, uten å tilby ham annet arbeid. Plikten til å vurdere omplassering er også lagt til grunn i nyere rettspraksis⁶⁷. I LB-2004-7399 antok arbeidsgiver at de ikke hadde plikt til å vurdere omplassering, hvilket lagmannsretten fant var galt. Lagmannsretten vektla at det ikke kunne utelukkes at det var mulig å finne annet passende arbeid til arbeidstaker. Omplassering må således normalt være vurdert for at oppsigelsen skal rubriseres som saklig.⁶⁸

Spørsmålet er hvor langt plikten til å tilby annet arbeid rekker. Hva gjelder plikten til å vurdere annet ”passende arbeid” ved oppsigelse grunnet ”virksomhetens forhold” er det gitt en generell uttalelse i LG-2007-124516, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Plikten til å vurdere omplassering ”går likevel ikke så langt at (...) [arbeidsgiver] må opprette eller opprettholde stillinger den ikke har behov for. Men det behøver ikke være ledig en formelt organisert stilling dersom det er udekkede behov og arbeidsoppgaver. (...) [Arbeidsgiver] kan heller ikke pålegges å øke bemanningen”, jfr. LG-2007-124516.

⁶⁴ Benson, side 265.

⁶⁵ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 91.

⁶⁶ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, side 91 jfr. side 138.

⁶⁷ Eks. LB-2004-7399 jfr. LB-2007-74289 hvor omplassering er blitt innfortolket som et moment i vurderingen av saksbehandlingen.

Problemstillingen er hvorvidt arbeidsgiver har plikt til å tilby arbeidstakeren dårligere arbeid.

I forarbeidene til den tilsvarende bestemmelse § 60 i arbeidsmiljøloven av 1977 ble det uttalt at "[s]om utgangspunkt vil arbeidsgiveren ikke være fri for ansvar, dersom han tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enten med hensyn til lønn og stillingsinnhold, enn det han hadde. I slike tilfelle må arbeidstakeren kunne velge om han vil akseptere tilbudet eller gå til søksmål for å få oppsigelsen kjent usaklig".⁶⁹ Ettersom arbeidstaker ofte vil foretrekke å få en lavere stilling enn å være uten arbeid, har arbeidsgiver i så måte plikt til å tilby en lavere stilling ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold.⁷⁰

Ved kompetansesvikt er arbeidsgivers plikt trolig mindre vidtrekkende enn ved oppsigelse begrunnet i "virksomhetens forhold" ettersom oppsigelsen skyldes arbeidstakeren selv. Dialog mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er likevel nødvendig. Å diskutere hvorvidt det er aktuelt at arbeidstaker kan få en lavere stilling, vil i alle tilfeller tale til arbeidsgivers fordel ved den samlede rimelighetsvurdering.

6.6.5 Arbeidsgivers arbeidsledelse

I forlengelse av arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsforholdene for arbeidstaker, står arbeidsgivers arbeidsledelse sentralt. Ved redegjørelsen av hvorvidt arbeidstaker har utført sine arbeidsoppgaver på et nivå som er under det arbeidsgiver med rimelighet kan forvente, er det et moment hvorledes arbeidsgiver har organisert arbeidet.⁷¹ Hvorledes arbeidet organiseres har betydning både dersom svikten i arbeidsprestasjon skyldes arbeidstakers tap av kvalifikasjoner og dersom svikten skyldes endrede arbeidsoppgaver.

I juridisk teori er det lagt til grunn at mangelfull arbeidsledelse, lite instruksjoner, arbeidspress i form av mye å gjøre og høyt tempo, er ytre og unnskyldelige forhold som

⁶⁸ Eks. RG-1993-665 Lofoten, Rt.1995.227, LB-2000-3513.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72.

⁷⁰ Fougner / Holo, side 801.

⁷¹ Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, side 269.

trekker i arbeidstakers favør.⁷² Fanebust er enda strengere og uttaler at dersom arbeidstaker ”ikke har oppfylt sine plikter på en tilfredsstillende måte og dette kan forklares ved forhold som er ”innebygget” i arbeidssituasjonen” må forholdene bli rettet opp før en oppsigelse rettmessig kan bli gitt.⁷³

I bobestyrerdommen la retten til grunn at ved interesseavveiningen vil det være ”av betydning i hvilken grad arbeidsgiveren har lagt til rette for at arbeidet skal kunne utføres i samsvar med forventningene”, jfr. LB-2007-74289. I bobestyrerdommen var det vesentlig hvorvidt kommunen hadde stilt ”nødvendige ressurser til rådighet” slik at de oppsagte hadde hatt mulighet til å utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte. Dommen tyder på at arbeidsgivers opptreden står sentralt ved helhetsvurderingen.

6.6.6 Omfanget av arbeidsgivers opplærings- og tilretteleggingsplikt påvirkes av omfanget av arbeidstakers konkrete medvirkning

Først kan det poengteres at arbeidstakers medvirkning har betydning i den konkrete rimelighetsvurdering, hvilket blir nærmere behandlet i punkt 6.7. Arbeidstakers medvirkning har imidlertid også en konkret betydning i tilknytning til omfanget av arbeidsgivers opplærings- og tilretteleggingsplikt. Det er helt avgjørende for arbeidsgivers mulighet til å igangsette opplæring og annen tilrettelegging, at arbeidstaker er åpen og villig til å ta imot hjelp. Dersom arbeidstaker ikke medvirker i prosessen hvor arbeidsgiver søker å tilrettelegge forholdene for arbeidstaker, trekker det i arbeidstakerens disfavør. Purserdommen er illustrerende i så måte, jfr. LB-1999-3171. Etter at konflikten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver hadde pågått en periode, viste arbeidstaker fremdeles mangelfull forståelse for situasjonen. Dertil kommer at arbeidstaker ikke innordnet seg tiltak fra arbeidsgivers side. Lagmannsretten legger til grunn at ”[u]nnlatelsen av å fremstille seg for legekontroll er (...) av betydning ved vurderingen av om oppsigelsen var saklig”, jfr. LB-1999-3171.

Videre kan momentet om arbeidstakers plikt til å medvirke utledes av de såkalte samarbeidsproblemdommene hvor oppsigelse ved flere tilfeller er ansett saklig. I Humanetisk-Forbund-dommen ble det uttalt at det ”essensielle” er at arbeidstaker ”ikke

⁷² Raa, *Arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner*.

tok korreksjoner fra arbeidsgiver” til tross for samarbeidsproblemer, jfr. LG-2003-5313. Oppsigelsen ble ansett saklig, og avgjørende vekt ble lagt på at arbeidstaker ”verken aksepterte arbeidsgivers analyse av situasjonen eller satte nok inn på å innrette seg etter arbeidsgivers legitime pålegg og ønsker”, jfr. LG-2003-5313. Det vil være av betydning om arbeidstaker har innrettet seg etter tiltak iverksatt av arbeidsgiver for å forbedre arbeidssituasjonen.

I en nyere høyesterettsavgjørelse, som omhandlet oppsigelse begrunnet i nedbemanning, ble det vektlagt at arbeidsgiver ”rimeligvis ikke [hadde] et fullstendig bilde” av arbeidstakerens psykiske problemer, jfr. Rt. 2008 s. 749 (avsnitt 39). I den sammenheng viser Høyesterett til at siden arbeidstaker ”var bistått av advokat i prosessen, (...) [var det] mindre nærliggende for arbeidsgiver å søke ytterligere avklaring” enn hva som allerede fremgikk av bedriftslegens uttalelse (avsnitt 39). En kan utlede at arbeidstaker via sin advokat burde medvirket ved å gi arbeidsgiver mer informasjon om sykdommen og anliggende forhold. Uttalelsen om medvirkningsplikt er generell og er ikke tilknyttet sykdom spesielt. Høyesterettsavgjørelsen har således rettskildemessig vekt også i tilknytning til kompetansemangel.

6.7 Rimelighetsvurdering

6.7.1 Generelt om vekten av rimelighetsbetraktninger ved oppsigelse begrunnet i ”arbeidstakers forhold”

Selv om en arbeidsprestasjon anses å være under det arbeidsgiver ”med rimelighet” kan forvente, kan oppsigelsen likevel være usaklig på grunn av rimelighetsbetraktninger.⁷⁴

Høyesterett har i Rt. 1992 s. 1023 (s. 1027) uttalt at rimelighetsmomenter har noe begrenset vekt ved oppsigelse begrunnet i ”arbeidstakers forhold” sammenlignet med oppsigelse begrunnet i ”virksomhetens forhold”. Avgjørende poeng i forhold til høyesterettsavgjørelsens rettskildevikt er at uttalelsen i Rt. 1992 s.1023 knytter seg til en oppsigelse hvor arbeidstaker er å bebreide. Flykapteinen brøt tollreglene med forsett. Dersom arbeidstaker med vitende vilje opptrer slik at det isolert sett foreligger saklig

⁷³ Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, side 269.

⁷⁴ Eks. LB-2004-7399.

grunn, gjør ikke formålet med rimelighetsbetraktninger seg gjeldende på samme måte som hvor arbeidstaker havner i situasjonen uten skyld. Selv om Høyesterett synes å uttale seg generelt om rimelighetsbetraktninger i tilknytning til ”arbeidstakers forhold”, må en ta i betraktning at begrunnelsen ikke passer på tilfeller hvor arbeidstakers kompetanse svikter. Juridisk teori støtter at det skal foretas en innskrenkende tolkning av Høyesterett sin uttalelse i Rt. 1992 s.1023.⁷⁵

I enkelte tilfeller kan det være uklart hvorvidt arbeidstakeren med kompetansemangel kan bebreides eller ei. Arbeidstakeren kan ha latt være å delta på kurs, etterutdanning og i praksis, hvilket kunne forhindret kompetansesvikten. I et slikt tilfelle vil begrunnelsen om manglende utvist skyld være mindre treffende for å avvise Høyesteretts generelle uttalelse i Rt.1992 s. 1023. På bakgrunn av at Høyesterett i Rt. 1984 s. 1058 (s. 1067-1068) viser til forarbeidene som presiserer at rimelighet skal ha større vekt enn tidligere, kan en legge til grunn at det likevel må vurderes konkret hvilken vekt rimelighetsbetraktninger skal ha. Rettskildevekten til høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1984 s. 1058 styrkes ved at rimelighetsbetraktninger har fått enda større vekt ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.⁷⁶

På tross av at det kan vurderes hvor stor vekt rimelighetsmomenter vil ha i den konkrete sak, er det imidlertid klart at sosiale hensyn på arbeidstakers side vektlegges i større eller mindre grad i saklighetsvurderingen.

6.7.2 Arbeidstakers vilje til å forbedre arbeidsprestasjonen

Det er på det rene at arbeidstaker rettmessig kan bli oppsagt på tross av at vedkommende gjør så godt han kan. Likevel kan vilje til å forbedre arbeidsprestasjonen ha konkret betydning for oppsigelsesadgangen. Spørsmålet er i hvilken grad viljen til å forbedre arbeidsprestasjonen har betydning for rimelighetsvurderingen.

Viljen til forbedring har som nevnt for det første sammenheng med arbeidstakers medvirkningsplikt i forhold til arbeidsgivers opplærings- og tilretteleggingsplikt. Ettersom forbedringspotensialet ikke nødvendigvis knytter seg til omfanget av

⁷⁵ Johansen, side 120.

arbeidsgivers plikter, kan momentet også komme inn ved vurderingen av rimeligheten av oppsigelsen.

Dessuten har viljen til forbedring sammenheng med advarsel, i den forstand at arbeidstaker må vite om at arbeidsgiver ikke er fornøyd med arbeidsprestasjonen for at arbeidstaker vil forsøke å forbedre prestasjonen.

Lærerdommen er illustrerende, jfr. LB-2004-7399. På tross av at lærerens arbeidsprestasjoner var dårligere enn en normal arbeidsutførelse, fant retten at en oppsigelse ville fremstå som en ”urimelig reaksjon i forhold til det hun kan klandres for”. En del av begrunnelsen var at kvinnen utviste ”vilje til å forbedre seg og har mottatt veiledning”.

På den andre siden kan momentet om vilje trekke i motsatt retning. Slik at manglende vilje til å forbedre arbeidsprestasjoner indikerer at det foreligger saklig oppsigelsesgrunn, jfr. RG-1993-1225 hvor Frostating lagmannsrett vektla at læreren ikke utviste vilje til å innordne seg arbeidsgiverens instruksjoner.

6.7.3 Sosiale hensyn til arbeidstaker

Sosiale forhold kan ha betydning i saklighetsvurderingen, hvilket illustreres av lagmannsrettens begrunnelse i purserdommen, jfr. LB-1991-3171. I purserdommen ble det vektlagt at oppsigelsen ville medføre ”betydelige negative konsekvenser” for arbeidstakeren. Dette fordi arbeidstakeren var aleneforsørger, samt hadde ensidig yrkeserfaring. Lang tjenestetid og konflikt med tidligere ektefelle hadde imidlertid mindre vekt.

I lagersjefdommen peker flertallet på at ”sterke rimelighetshensyn taler mot oppsigelse”, jfr. LG-2005-183540. Arbeidstaker har ”etter beste evne tjent bedriften lojalt gjennom 20 år. Han har arbeidet mye, og gjerne måttet bruke både ferie og fritid til arbeid. Han [har] vært genuint opptatt av arbeidet sitt, og har på sentrale områder for bedriften vært en ressurs. Han har hele sitt voksne, yrkesaktive liv [vært] knyttet til de

⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s 13 ”Et arbeidsliv med plass for alle”.

aktuelle arbeidsoppgavene, og var på oppsigelsestidspunktet nærmere 60 år. Han må påregne vanskeligheter i forbindelse med søknad om annet arbeid, og ble ved oppsigelsen fratatt muligheten for tidlig pensjonering gjennom AFP". Hovedsakelig på grunn av nevnte rimelighetshensyn fant retten at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet. Følgelig kan en legge til grunn at lang og tro tjeneste er et vesentlig moment. Dertil kommer at alder er viktig, særlig dersom det vil være vanskelig for arbeidstakeren å finne nytt arbeid.

Momentet om hvorvidt arbeidstaker ved oppsigelse vil ha mulighet til å få annet arbeid, klargjøres ytterligere i lærerdommen, jfr. LB-2004-7399. I lærerdommen var arbeidstakeren faglig dyktig, samt at vedkommende hadde "bred og solid" utdanning. Lagmannsretten anvendte som argument mot oppsigelse at arbeidstakeren ville ha vansker med å få annet faglig stimulerende arbeid. Følgelig er det ikke kun utsiktene til hvilket som helst arbeid som er av betydning, men også muligheten til et faglig stimulerende arbeid.

6.8 Hvordan må arbeidsgiver gå frem dersom oppsigelse vurderes?

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor, er det ingen enkel oppgave for arbeidsgiver å vurdere hvorvidt en arbeidstaker rettmessig kan bli oppsagt grunnet kompetansemangel. Møter mellom partene bør avholdes, hvor arbeidsgiver gjør klart hvilke arbeidsprestasjoner som forventes av arbeidstaker. Arbeidstaker får slik mulighet til å forbedre seg, samt at arbeidstaker får fremme sine synspunkter om arbeidssituasjonen og arbeidsgivers arbeidsledelse. Muligens kan situasjonen avhjelpes med tilrettelegging eller opplæring. Arbeidsgiver må fortløpende sørge for dokumentasjon av prosessen for eksempel i form av skriftlige møtereferat eller skriftlig kommunikasjon med arbeidstaker. Dessuten bør arbeidsgiver forhøre seg om arbeidstakerens personlige forhold som familiesituasjon og økonomi ettersom rimelighet er viktig i saklighetsvurderingen. Hertil kommer at arbeidsgiver må være bevisst på at det hefter en viss risiko ved å si opp en arbeidstaker, selv om oppsigelsesprosessen er utført etter gjeldende rett. Dette grunnet det sterke innslag av skjønn.

Dersom arbeidstaker vinner frem med at oppsigelsen er usaklig, kan vedkommende kreve erstatning for økonomiske tap, samt oppreisning. Dessuten kan negativ publisitet være en konsekvens for virksomheten.

7 Oppsigelse begrunnet i sykdom

7.1 De rettslige utgangspunkter

Sykdom er ikke en saklig oppsigelsesgrunn etter arbeidsmiljølovens § 15-7. Derimot kan redusert arbeidsevne som følge av sykdom være saklig grunn fordi sykdommen påvirker arbeidsforholdet. For det første kan sykdom medføre fravær, slik at arbeidsprestasjon uteblir i sin helhet. Dertil kommer at sykdom kan svekke prestasjonsevnen slik at arbeidsoppgavene tar lenger tid å utføre eller at oppgavene ikke blir utført på en tilfredsstillende måte.

For at redusert arbeidsevne som følge av sykdom skal være saklig grunnlag for oppsigelse, kreves for det første at oppsigelsen ikke skjer i verneperioden etter arbeidsmiljølovens § 15-8, hvilket vil bli forutsatt i den følgende redegjørelse. For det andre må tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljølovens § 4-6 være oppfylt. Til slutt må en konkret interesseavveining tilsi at det foreligger tilstrekkelig saklig grunn i samsvar med arbeidsmiljølovens § 15-7.

For helhetens skyld gjentas det at oppsigelse på grunn av nedsatt funksjonsevne er i strid med sysselsettingsdirektivet, og dermed også diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. Nedsatt funksjonsevne er i så måte et utenforliggende hensyn, og kan følgelig ikke utgjøre en ”saklig” oppsigelsesgrunn etter arbeidsmiljølovens § 15-7. Det kan være vanskelig å skille mellom oppsigelser begrunnet i nedsatt funksjonsevne og oppsigelser som er begrunnet i nedsatt arbeidsevne på grunn av nedsatt funksjonsevne. Idet avhandlingen avgrenser mot diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, vil det i det følgende bli lagt til grunn at arbeidsevnen er årsaken til oppsigelsen.⁷⁷

⁷⁷ Se avhandlingens punkt 1.2.

7.2 Faktiske forhold

Sykefraværet i Norge i fjerde kvartal i 2008 lå på 7 prosent.⁷⁸ Problematikken om sykdom og oppsigelsesvern er derfor meget aktuell ettersom arbeidsgiver påføres ulemper av større eller mindre betydning ved arbeidstakers sykdom. Det er antatt at i overkant av 100.000 personer er fraværende på grunn av sykdom hver dag.⁷⁹

Antall sykedager er imidlertid ikke i seg selv avgjørende. I enkelte yrkesgrupper er sykefraværet høyere enn andre grupper, gjerne på grunn av fysisk krevende arbeid eller på grunn av smitteeksponering, som eksempelvis i hjelpepleieryrket eller blant barnehageansatte.

7.3 Høyt sykefravær – saklig oppsigelsesgrunn?

For at oppsigelse grunnet høyt sykefravær skal være saklig, ”må det nok (...) kreves at fraværsmønsteret er markant og ligger godt over gjennomsnittet for stillingen”.⁸⁰

Det kan dessuten nevnes at dersom arbeidsgiver ved ansettelsen vet at arbeidstakeren er mye syk eller yrkeshemmet, skal det i utgangspunktet ”mer til enn vanlig” for at sykdommen anses som saklig oppsigelsesgrunn.⁸¹ I epilepsidommen ble en oppsigelse begrunnet i at arbeidstaker led av epilepsi ansett saklig, jfr. RG 1989-787 Frostating.

Dette til tross for at arbeidsgiver hadde kjennskap til sykdommen før ansettelse.

Årsaken til at oppsigelsen ble ansett saklig var at et epilepsianfall kunne resultere i store materielle skader, samt være farlig for arbeidstakeren selv. Følgelig har ikke arbeidstaker ubetinget vern selv om arbeidsgiver ved ansettelsen er kjent med sykdommen.

⁷⁸ <http://www.ssb.no/arbeid/>

⁷⁹ Kokkvold.

⁸⁰ Melsom / Aagaard, side 308.

⁸¹ Dege, Side 746.

7.4 Tilretteleggingsplikten omfang

En naturlig forståelse av at arbeidsgiver etter arbeidsmiljølovens § 4-6 ”så langt som mulig” skal iverksette ”nødvendige tiltak” er at tilretteleggingsplikten er vidtrekkende, men ikke absolutt. Ordlydstolkningen har støtte i forarbeidene, hvor det ytterligere blir presisert at det skal foretas ”en konkret helhetsvurdering, der virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre”, jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105. Videre presiserer departementet at arbeidsgivers plikt er vidtrekkende.⁸²

Tilretteleggingsplikten gjelder både i forhold til kortvarig og langvarig reduksjon av arbeidsevnen.⁸³ Dog vil varigheten av redusert arbeidsevne ha betydning for omfanget av tilretteleggingsplikten ettersom det ikke vil være ”rimelig å pålegge arbeidsgiver omfattende utgifter dersom behovet for tilrettelegging kun er av kortvarig karakter”.⁸⁴

Dersom det ikke er mulig å tilrettelegge arbeidstakers vanlige arbeid, må det vurderes hvorvidt arbeidstaker kan overføres til ”annet arbeid”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-6 annet avsnitt. Arbeidsgivers plikt rekker imidlertid ikke ”så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstaker”.⁸⁵

7.5 Arten av tilretteleggingsplikten

7.5.1 Aktuelle tilretteleggingstiltak

Forarbeidene eksemplifiserer aktuelle tilretteleggingstiltak. Tiltak kan være ”anskaffelse eller endringer av teknisk utstyr”, ”endringer av arbeidsplassen”, ”endringer i rutiner, endringer av arbeidstid, endringer av arbeidsoppgaver, aktiv medvirkning fra andre arbeidstakere” samt ”tiltak i forbindelse med trening, opplæring, omskolering”.⁸⁶

Arbeidsgiver kan søke sakkyndig bistand hos trygdeetaten eller arbeidsmarkedsetaten for å finne hensiktsmessige tiltak.⁸⁷

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104 og 309.

⁸⁴ Benson, side 136.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Merknad til § 4-6.

⁸⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

Hva gjelder utstyr og fysisk endring av arbeidsplassen, er det hovedsakelig en engangsutgift for arbeidstaker. Dersom materielle hjelpemidler kan medføre at arbeidstaker blir i stand til å utføre sine arbeidsoppgaver, tilsier det at arbeidsgiver må bekoste endringene såfremt de er rimelige. Herunder er det et moment hvorvidt det er mulig for arbeidsgiver å få tilskudd fra arbeidsformidling og folketrygden, hvilket arbeidsgiver selv må undersøke.⁸⁸

Det er imidlertid mer uklart hvor langt arbeidsgiver må strekke seg i forbindelse med endring av selve arbeidsforholdet, både fordi endringen kan være langvarig og ressurskrevende for bedrift og øvrige ansatte.

7.5.2 Redusert arbeidstid

Det er klart at redusert arbeidstid er et mulig tilretteleggingstiltak.⁸⁹ Arbeidsgivers plikter går svært langt ettersom departementet presiserer at arbeidsgiver har en ”plikt” til å vurdere redusert arbeidstid ettersom at redusert arbeidstid vil kunne være ”et svært hensiktsmessig virkemiddel”.⁹⁰ Hertil påpekes det at arbeidsgiver i så henseende har plikt til å ”tilrettelegge arbeidsoppgavene, slik at mengden arbeidsoppgaver samsvarer med eventuell kortere arbeidstid”.⁹¹ Plikten er ikke absolutt på grunn av at det kan være meget problematisk å finne andre arbeidere som kan utføre restarbeidet som ikke blir utført av den syke arbeidstaker. Dermed må en også i tilknytning til redusert arbeidstid foreta en konkret vurdering av ”virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold”.⁹² Problemstillingen er derfor om redusert arbeidstid for den enkelte arbeidstaker i det konkrete tilfellet innebærer uforholdsmessig store ulemper for arbeidsgiver.

Arbeidsoppgavene må utføres selv om den syke jobber mindre, hvilket medfører at det er behov for en annen ansatt til å utføre resterende arbeid. Ved vurderingen av om redusert arbeidstid medfører uforholdsmessige ulemper for arbeidsgiver er det et moment ”om mengden arbeidsoppgaver kan samsvare med eventuelt kortere

⁸⁷ Fougner / Holo, side 226.

⁸⁸ Fougner / Holo, side 266.

⁸⁹ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 105.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

⁹¹ Ibid.

arbeidstid”.⁹³ Videre er det anført at ”[s]pørsmålet om å forkorte arbeidstiden vil også måtte avveies mot de ulemper og problemer som kan oppstå ved at andre kan overta arbeidet på den resttid som blir ledig”.⁹⁴ Følgelig må arbeidsgiver foreta en konkret skjønnsmessig avveining av hvorvidt arbeidsoppgavene egnes å bli delt mellom to arbeidstakere. Det skulle eksempelvis være uproblematisk å dele en stilling som butikkmedarbeider mellom to ansatte. Motsatt kan det være mer problematisk dersom to arbeidstakere skal dele en lederstilling. Lederen må til enhver tid må være oppdatert på forholdene i bedriften, samt være i stand til å ta riktige beslutninger.

Det kan påpekes at arbeidsgiver kun betaler for den tid arbeidstaker arbeider, samt at arbeidsmiljøloven ikke regulerer kompensasjon i lønn for redusert arbeidstid. Folketrygdlovens kapittel 12 hjemler rett på graderte ytelser ved delvis arbeidsuførhet.

7.6 Tilretteleggingsplikt i tilknytning til omplassering

Spørsmålet er hvorvidt arbeidsgivers tilretteleggingsplikt i forhold til omplassering er like vidtrekkende som plikten til å gjennomføre tiltak slik at arbeidstakeren blir gitt anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid.

I samsvar med lovteksten skal arbeidstaker ”fortrinnsvis” bli gitt muligheten til å fortsette i sitt vanlige arbeid, jfr. arbeidsmiljøloven § 4-6.

Ordlyden sier ikke noe om rekkevidden av omplasseringsplikten annet enn at plikten er subsidiær, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-6 annet avsnitt jfr. første avsnitt. Høyesterett synes ikke å differensiere plikten ved de to ulike forhold, jfr. renovasjonsdommen i Rt. 1995 s. 227. Det er hevdet i juridisk teori at ”arbeidsgivers tilretteleggingsplikt – i hvert fall de facto – ikke er like vidtgående ved omplassering som ved tilrettelegging av den ansattes opprinnelige stilling”.⁹⁵ Begrunnelsen er overbevisende. Det blir vist til at omplassering ofte medfører innskrenkning av øvrige arbeidstakers rettigheter, samt ofte vil være mer komplisert og ressurskrevende.

⁹² jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Merknad til § 4-6.

⁹³ Larssen, side 91.

⁹⁴ Ibid.

I denne sammenheng er det naturlig å henvise til lagmannsrettens generelle uttalelse i gokartdommen, jfr. LB-2000-3513. I gokartdommen blir det presisert at plikten til å tilrettelegge ikke innebærer at arbeidsgiver plikter ”å la en yrkeshemmet ansatt faktisk prøve seg i ulike jobbsituasjoner for å kunne slå fast hvorvidt det er mulig å tilrettelegge en arbeidssituasjon for arbeidstakere”. Uttalelsen er ment å innskrenke plikten til å vurdere hvorvidt omplassering er mulig og hensiktsmessig. Ifølge Kokkvold ”er det tvilsomt om man på generelt grunnlag kan si at en arbeidsgiver aldri har plikt til å la en yrkeshemmet ansatt faktisk prøve seg i ulike jobbsituasjoner”.⁹⁶ Kokkvolds synspunkt har støtte i forarbeidene, hvor det er uttalt at ”dersom det er eller blir ledig en passende stilling i virksomheten skal den tilbys arbeidstakeren hvis vedkommende ellers er skikket for stillingen”.⁹⁷

7.7 Viktige momenter ved vurderingen av omfanget av tilretteleggingsplikten

7.7.1 Virksomhetens ressurser

Som nevnt presiserer forarbeidene at bedriftens ”art, størrelse [og] økonomi” utgjør utgangspunktet for tilretteleggingsplikten.⁹⁸ Et slikt utgangspunkt er naturlig fordi en stor bedrift med god økonomi har langt flere muligheter til å tilrettelegge enn en liten bedrift med få ansatte og mindre ressurser. Forholdet belyses på en god måte ved å sammenligne Helse-Bergen-dommen med gokartdommen, jfr. LG-2006-100708 contra LB-2000-3513.

I Helse-Bergen-dommen fant lagmannsrettens flertall at arbeidsgiver hadde gjennomført tilstrekkelig tilrettelegging ved at arbeidstaker ble innvilget fire års permisjon for attføring, jfr. LG-2006-100708. Avgjørende begrunnelse var at lagmannsretten fant det bevist at arbeidsgiver ikke hadde mulighet til å tilrettelegge arbeidet til arbeidstaker ut fra vedkommendes helsesituasjon, eller finne annet passende arbeid. I helhetsvurderingen poengterte lagmannsretten likevel at Helse Bergen er ”en svært omfattende virksomhet med ca. 8.500 ansatte innenfor et mangfold av stillinger og

⁹⁵ Kokkvold.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

⁹⁸ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) Merknad til § 4-6.

arbeidsoppgaver. Dette er omstendigheter som skjerper kravene til arbeidsgivers innsats etter § 13. nr. 2.”.⁹⁹

I motsetning til Helse-Bergen-dommen var arbeidsgivers virksomhet i gokartdommen en liten bedrift med ti ansatte, hvilket hadde avgjørende betydning for flertallets konklusjon om at arbeidsgiver ikke hadde opptrådt i strid med tilretteleggingsplikten, jfr. LB-2000-3513. Det ble lagt til grunn at ”bedriftens størrelse [vil] være av betydning, idet det må legges vekt på at en mindre bedrift har begrensede muligheter for omplassering eller omlegging av arbeidsrutiner tilpasset en yrkeshemmet medarbeider”.

I forlengelse av momentene nevnt ovenfor kan det påpekes at små virksomheter unntaksvis har like store ressurser som en stor bedrift. Ifølge Kokkvold kan virksomhetens ressurser i så måte være et viktig moment.¹⁰⁰

7.7.2 Rettighetene til øvrige arbeidstakere

Utgangspunktet er at arbeidsgiver ikke har plikt til å pålegge en arbeidstaker å ta annet arbeid slik at stillingen blir ledig til fordel for arbeidstakeren med redusert arbeidsevne. Høyesterett uttaler i renovasjonsdommen at det er ”vanskelig å tolke § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete”, jfr. Rt. 1995 s. 227 (s. 232). Imidlertid tar Høyesterett forbehold om at forholdet muligens vil stille seg annerledes dersom arbeidsgiver ”innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmetes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske”.¹⁰¹ Nærmere bestemt i tilfeller hvor arbeidskontrakten dekker begge stillinger. Det er dessuten viktig å bemerke at Høyesterett i renovasjonsdommen fant at det ikke var ”tvilsomt at (...) [arbeidsgiver] hadde gjort tilstrekkelig for å skaffe arbeidstakeren annet arbeid”. Følgelig vil det bli foretatt en konkret vurdering av arbeidsgivers bestrebelser for å finne alternativt arbeid for den syke. Eksempler på forsøk er å avholde møter med den syke arbeidstaker, samt kontakte arbeidstakere i ledende stillinger for å forhøre seg om jobbmuligheter til den syke arbeidstaker.

⁹⁹ Tilsvarende arbeidsmiljølovens § 4-6.

¹⁰⁰ Kokkvold.

¹⁰¹ Rt. 1995. 227 på side 232.

I etterkant av renovasjonsdommen har lagmannsretten avsagt en dom hvor det er uttalt at "[n]år en bedrift har særlig plikt på seg til å tilrettelegge arbeidet slik at yrkeshemmede skal kunne beholde høvelig arbeid, vil det ofte medføre konsekvenser for andre arbeidstakere. Det skulle derfor si seg selv at bedriften innenfor sin styringsrett [vil] kunne ha plikt til å endre arbeidsoppgavene for andre slik at (...) [arbeidstakeren] kunne fortsette", jfr. LF-2002-115.¹⁰²

7.7.3 Økt belastning på øvrige ansatte

Det forhold at sykefraværet medfører ulemper for de øvrige ansatte, vil være av betydning for om arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge, eller kan si opp arbeidstaker. Dette illustreres blant annet av mekanikerdommen, hvor arbeidstaker fikk leddgikt, hvilket medførte mye fravær, jfr. RG-1985-557 Trondheim. Oppsigelse ble ansett saklig. Avgjørende i saken var at bedriften tapte penger, og at øvrige kollegaer ble sterkt belastet ved den syke arbeidstakers fravær. Momentet om øvrige arbeidstakers helse og velferd blir fremhevet. Det er meget viktig at tilretteleggingsplikten som gir særskilt vern til arbeidstakere med redusert arbeidsevne, ikke medfører at øvrige arbeidstakere havner i samme situasjon grunnet unormal belastning.

7.7.4 Ulemper for virksomheten og mulige tiltak for å avhjelpe slike ulemper

Den vanligste ulempe ved sykdom er fravær, slik at arbeidsprestasjon uteblir i sin helhet. Et naturlig tiltak fra arbeidsgivers side vil være å ansette en vikar til å utføre arbeidet i perioden hvor arbeidstaker er borte fra arbeid. I salgssjåførdommen har retten uttalt at arbeidsgiver må strekke seg en del "i retning av å ta inn vikarer dersom en av salgssjåførene (...) skulle bli sykemeldt for lengre tid", jfr. Oslo byretts dom av 9. november 1984. Herunder er det et avgjørende moment i hvilken grad en vikar er i stand til å utføre tilfredsstillende arbeidsresultat i arbeidstakers fravær. Arbeidsresultatet vil avhenge av stillingens art og karakter, samt om det er mulig å få tak i en kvalifisert og flink vikar. I alminnelighet er det mindre problematisk å benytte seg av vikarer til å utføre enkle rutinearbeid, sammenlignet med å tre inn i en lederstilling. Dessuten har det betydning hvor meget opplæring som er nødvendig, ettersom opplæring er tidkrevende,

samt koster penger for arbeidsgiver. Videre er stabilitet, kontinuitet og kundekontakt grunnleggende ved enkelte stillinger, slik at bruk av vikar er problematisk for arbeidsgiver.¹⁰³ Eksempler på slike stillinger er ulike typer selgere hvor det er sentralt å skape eget nettverk.

Arbeidsgivers muligheter til å planlegge bemanningskabalen står sentralt. Det er således et moment om arbeidstaker forventes å være syk i en lengre periode for så å komme tilbake i full stilling. På den andre siden er det vanskeligere for arbeidsgiver å tilrettelegge forholdene dersom arbeidstaker jevnlig vil være syk i kortere eller lengre perioder. Det er anført i juridisk teori at en kan ta ”hensyn til antallet av sykeperioder” ved saklighetsvurderingen, hvilket har støtte i underrettspraksis.¹⁰⁴ I kranførerdommen fant retten at de mange fravær medførte problemer for bedriftens planlegging, og oppsigelse var derav saklig, jfr. NAD 1981-1983 s. 12 Narvik. Momentet om planlegging ble vektlagt til tross for at arbeidstakeren var ansatt i en stor bedrift. Hensynet vil ha enda sterkere vekt dersom virksomheten er mindre, ettersom feil planlegging raskere innvirker på økonomi og belastning av øvrige arbeidstakere.¹⁰⁵

I forlengelse av momentet om sykdomsperioder, kan prognosen for fremtiden ha betydning.¹⁰⁶ Det er til og med anført at dersom det er ”helt klart at den ansatte ikke kan komme tilbake, burde forholdet ligge til rette for oppsigelse før utløpet av verneperioden”.¹⁰⁷

7.7.5 Økonomisk belastning ved mangelfulle arbeidsprestasjoner

Økonomi er som nevnt sentralt i tilknytning til arbeidstakers tilretteleggingsplikt. I elektrikerdommen vektla retten at arbeidsgivers økonomiske belastning ved at arbeidstaker leverte mangelfulle arbeidsprestasjoner helt eller delvis ville bli dekket av offentlige ordninger om tilskudd, jfr. RG-1993-665 Lofoten. I omtalt dom ville det offentlige i en periode dekket 75 % av arbeidstakerens lønn. Således kunne arbeidsgiver

¹⁰² Hvor en yrkeshemmet produksjonsarbeider med 21 års ansiennitet var usaklig oppsagt.

¹⁰³ Kokkvold.

¹⁰⁴ Dege, side 756 jfr. AN 171/1984.

¹⁰⁵ Dege, side 756 fotnote 901.

¹⁰⁶ Dege, side 757 jfr. RG-1961-395 Nordhordaland.

¹⁰⁷ Dege, side 757.

tjent på å ha elektrikerer i arbeid, og burde sørget for tilrettelegging av et slag dersom det var mulig.

7.7.6 Arbeidstakerens alder og ansiennitet

Det er antatt i juridisk teori at ”den ansattes alder og hvor lenge vedkommende har vært ansatt” i virksomheten har betydning for omfanget av tilretteleggingsplikten.¹⁰⁸

Begrunnelsen til at ansiennitet er av betydning, er hensynet til likevektsrettferdighet ved at arbeidstaker har nedlagt innsats i virksomheten og bør få noe igjen for innsatsen.

Momentet om alder utledes av behovshensyn ettersom eldre arbeidstakere har større vansker med å skaffe seg nytt arbeid enn yngre.

7.7.7 Arbeidstakers medvirkning

Arbeidstakers medvirkning til individuelle tilretteleggingstiltak har betydning for omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Arbeidstakers aktivitetsplikt har lovhjemmel idet arbeidsmiljølovens § 2-3 bokstav f legger til grunn at arbeidstaker skal ”medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner”. Hertil skal arbeidstaker ”delta i dialogmøte etter innkalling fra arbeidsgiver”, jfr.

arbeidsmiljølovens § 2-3 bokstav g. Følgelig påvirkes omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt dersom arbeidstaker ikke viser evne eller vilje til å gjennomføre tiltak iverksatt av arbeidsgiver. Hvilket er naturlig ettersom arbeidsgiver ikke skal måtte anvende ressurser som ikke vil bli tatt i bruk av arbeidstaker.

Ifølge Dege har arbeidstaker i tillegg en rehabiliteringsplikt, hvilket betyr at arbeidstaker har plikt til å fortrest mulig prøve å bli frisk slik at vedkommende igjen tilfredsstillende kan utføre sine arbeidsoppgaver.¹⁰⁹ Rehabiliteringsplikten utledes av arbeidstakers lojalitetsplikt, jfr. folketrygdlovens § 21-8 som omhandler bortfall av ytelser når mottakeren er skjødesløs med sin egen helse.¹¹⁰ Dertil kommer at en ytelse kan holdes tilbake dersom arbeidstakeren unnlater å følge legens råd, jfr.

folketrygdlovens § 21-8 annet avsnitt. Dege sin begrunnelse svekkes imidlertid ved at spørsmål omkring arbeidstakers integritet ikke blir behandlet. Hertil kommer at

¹⁰⁸ Kokkvold.

¹⁰⁹ Dege, side 753.

oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljølovens § 15-7 gjelder uansett om sykdommen er selvforskyldt.

Arbeidstaker har i alle tilfeller plikt til å medvirke ved gjennomføring av tilrettelegging, hvilket har sammenheng med arbeidsgivers plikt til å utarbeide en oppfølgingsplan som vurderer arbeidstakerens ”arbeidsoppgaver og arbeidsevne”, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-6 tredje avsnitt. Dertil kommer at det er i begge parter interesse at tilretteleggingstiltak arbeidstakeren skal anvende er formålstjenelige.

Som en del av medvirkningsplikten kan aktiv sykemelding være et virkemiddel, jfr. folketrygdlovens § 8-6, hvilket er aktuelt dersom arbeidstaker er helt arbeidsufør sammenlignet med sine vanlige arbeidsoppgaver.¹¹¹

7.8 Den avsluttende helhetsvurdering: foreligger det saklig oppsigelsesgrunn?

7.8.1 Betydningen av oppfylt tilretteleggingsplikt

Dersom tilretteleggingsplikten er oppfylt uten at arbeidstaker er i stand til å levere tilfredsstillende arbeidsresultater, indikerer det at det foreligger ”saklig” grunn til oppsigelse, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Likevel må en konkret vurdering bli foretatt ettersom gjennomført tilrettelegging ikke automatisk medfører at oppsigelsen er saklig.

7.8.2 Rimelighetsvurderingen

Det kan først slås fast at flere rimelighetshensyn allerede er vurdert ved klarleggingen av tilretteleggingsplikten. Gjennomgang av rettspraksis viser at særlig rimelighetshensyn på arbeidstakersiden blir trukket inn under drøftelsen av tilretteleggingsplikten. Først vil behov på arbeidsgiversiden bli behandlet, før rimelighetshensyn på arbeidstaker siden kort blir nevnt.

Ved langt sykefravær kan arbeidsgivers behov for en avklaring av arbeidssituasjonen være et moment.¹¹² I Frostating lagmannsrett er det uttalt at selv om oppsigelse vil

¹¹⁰ Dege, side 753.

¹¹¹ RSK 1997-05-02 nr. 49: Rundskriv til folketrygdlovens kapittel 8, punkt 8.6.

resultere i en vanskelig økonomisk situasjon for arbeidstaker på grunn av alder, sykdom og vanskeligheter med å finne nytt arbeid, må disse hensyn ”vike mot en arbeidsgivers behov for avklaring etter så lang tid med fravær på grunn av sykdom”, jfr. LF-2004-27911. Sykefraværet i nærværende sak var hele 28 måneder. Ettersom det foretas en konkret vurdering, vil det bero på skjønn i hvilken grad arbeidsgivers behov for avklaring vektlegges.

Spørsmålet er hvilke rimelighetshensyn som er utslagsgivende dersom arbeidstaker ønsker å gå tilbake i arbeid som kan medføre helseplager.

Rimelighetshensyn kunne tilsi at det burde være arbeidstakers valg om vedkommende ville ta risikoen ved å gå tilbake i arbeid som kunne medføre nye helseplager. På den andre siden har arbeidsgiver en offentligrettslig plikt til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Samtidig som arbeidsgiver har en økonomisk interesse i å kvitte seg med en arbeidstaker som ikke tåler arbeidsmiljøet, og derfor til stadighet blir sykemeldt.

Lagmannsretten fant de sistnevnte hensyn avgjørende i industriarbeiderdommen, jfr. LB-2005-182268. Selv om arbeidstaker var frisk etter operasjon, forelå det høy risiko for nye helseplager dersom arbeidstaker utførte sine arbeidsoppgaver. På grunn av den høye risiko for tilbakefall la retten til grunn at arbeidsgiver rettmessig kunne si opp arbeidstakeren.

Arbeidstakers fravær påvirker ulike virksomheter forskjellig blant annet på grunn av arbeidstakerens stilling og virksomhetens art. Ved fravær kan det være nødvendig å ansette en vikar til å utføre den sykemeldte sine arbeidsoppgaver. Det kan være vanskelig for arbeidsgiver å få tak i flinke vikarer ettersom det er en usikker jobb å være vikar. Dersom en vikar gjør en god jobb, og ønsker fast ansettelse, foreligger det normalt ”saklig grunn til oppsigelse såfremt arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er oppfylt og den ansattes sykdomsbilde er uklart”.¹¹³

¹¹² LF-2004-27911.

¹¹³ Kokkvold.

På den andre siden kan det tale til arbeidstakers fordel at en flink vikar midlertidig er ansatt i hans fravær, ettersom fraværet i så måte ikke påvirker arbeidsresultatet nevneverdig.¹¹⁴ Oppsigelse kan dermed utsettes.

Hvor hardt en oppsigelse vil ramme arbeidstaker kan trekkes inn i rimelighetsvurderingen. Meniskskadedommen hvor arbeidstaker ble oppsagt på grunn av sykdom er illustrerende, jfr. TOSLO-2008-125008 Oslo. Sykdommen besto i en meniskskade som arbeidstaker hadde pådratt seg. Retten viser til at kneskaden trolig var av kortvarig karakter og at det ikke skulle medføre særlig ulempe for arbeidsgiver å la arbeidstaker gjennomføre en treningsperiode noen uker lenger enn planlagt. Vikar var allerede ansatt i stillingen. Retten uttaler at det er ”den manglende tilretteleggingen kombinert med andre momenter, som (...) gjør at oppsigelsen må anses usaklig”.¹¹⁵ Til slutt vises det til at en oppsigelse vil ramme arbeidstakeren hardt ettersom vedkommende ikke har utdanning og vanskelig vil finne seg annet arbeid, samt at arbeidstakeren har lang ansettelsestid i virksomheten.

Problemstillingen er hvorvidt arbeidstakerens økonomiske situasjon er et moment i rimelighetsvurderingen.

I Helse-Bergen-dommen uttalte lagmannsrettens flertall at det påvirket omfanget av tilretteleggingsplikten at arbeidstaker var innvilget 50 % uføretrygd, hvilket etter bevisførselen ble ansett å være en varig tilstand, jfr. LG-2006-100708. Innvilget uføretrygd indikerte at konsekvensene av oppsigelse ville være små for arbeidstaker, i sammenheng med at hun hadde en 50 % fast stilling i et annet privat firma. Det presiseres at det økonomiske aspekt ikke alene var avgjørende ettersom det ble vektlagt at arbeidstaker hadde annet arbeid.

¹¹⁴ Sml TOSLO-2008-125008 Oslo.

¹¹⁵ TOSLO-2008-125008 Oslo.

8 Bedre oppsigelsesvern i offentlig sektor enn i private virksomheter?

Ved gjennomgang av rettspraksis er det ikke noe som tyder på at terskelen for hva som anses ”saklig begrunnet” oppsigelse er ulik i privat sektor sammenlignet med offentlig sektor, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. I juridisk teori er det reist spørsmål om hvorvidt det skal legges vekt på at arbeidstaker er ansatt i det offentlige ettersom vedkommende gjerne anser sin stilling å være særskilt ”trygg”.¹¹⁶ På den andre siden har Fanebust et sentralt poeng ved å vise til at utenforstående er mer opptatt av å rette ”søkelyset på kritikkverdige forhold” i offentlig forvaltning.¹¹⁷ Dersom allmennheten blir oppmerksom på mangelfulle arbeidsprestasjoner begått av arbeidstakere i det offentlige, forventes det gjerne at reaksjoner blir gitt. Press fra media kan medføre at en profilert person ansatt i offentlig sektor trekker seg fra stillingen, slik at arbeidsgiver ikke gir oppsigelse.

På den andre siden kan det foreligge stillinger i det offentlige hvor det faktisk skal svært mye til for å bli oppsagt sammenlignet med stillinger i privat virksomhet. Årsaken kan være at ikke alle offentlige virksomheter er avhengige av å utnytte ressursene maksimalt siden inntjening ikke står i fokus, samt på grunn av sosiale hensyn.

En praksis med eventuelt sterkere vern i offentlig sektor har ingen rettslig forankring, og påvirker derfor ikke det rettslige oppsigelsesvern.

Det er imidlertid vesentlig at oppsigelsesvernet til arbeidstakere ansatt i ”statens tjeneste” reguleres av tjenestemannsloven, jfr. § 1. Det følger av tjenestemannsloven § 10 nr. 2 bokstav b at tjenestemenn som ”ikke lenger” har de ”kvalifikasjoner som er nødvendig eller foreskrevet for stillingen” eller av andre grunner er ”varig uskikket” for stillingen kan bli oppsagt med 6 måneders varsel, jfr. første avsnitt. Ordlyden tilsier at det stilles strenge krav til oppsigelse. I samsvar med ordlyden og forarbeidene til tjenestemannsloven skal tjenestemannslovens bestemmelser tilsvare bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.¹¹⁸ Oppsigelsesvernet i tilknytning til kompetansemangel er således like strengt for statstjenestemenn som for øvrige arbeidstakere i offentlig og privat sektor. På den andre siden har statstjenestemenn bedre oppsigelsesvern ved sykdom

¹¹⁶ Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, side 272.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 44 (1976-77) side 16.

sammenlignet med arbeidsmiljølovens bestemmelser.¹¹⁹ Oppsigelse av statstjenestemenn, som er begrunnet i sykdom, vil normalt være ugyldig dersom arbeidstakeren fremdeles får utbetalt sykelønn.¹²⁰ Det er vanlig praksis å vente med oppsigelse til statstjenestemannen har vært fraværende fra arbeidet i to år.¹²¹

9 Bedre oppsigelsesvern ved sykdom enn ved kompetansemangel? - Rettferdig?

Problemstillingen er først hvorvidt oppsigelsesvernet er bedre for syke arbeidstakere enn for arbeidstakere med kompetansemangler. I henhold til drøftelsen ovenfor nyter begge grupper arbeidstakere et godt oppsigelsesvern ved at oppsigelsen skal være ”saklig begrunnet”, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7. Det mest omtvistede spørsmål både ved sykdom og kompetansemangel, er hvorvidt det foreligger tilstrekkelig saklig grunn til at oppsigelsen samlet sett er å anse som rimelig. Arbeidsgiver har en rekke plikter som må gjennomføres før oppsigelse rettmessig kan bli gitt. I forbindelse med kompetansemangel er særlig opplæring og tilrettelegging under hensyn til ”arbeidsevne, kyndighet og alder” relevant, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-2. I relasjon til arbeidstakers sykdom har arbeidsgiver plikt til ”så langt det er mulig” å iverksette ”nødvendige tiltak” for at den syke arbeidstaker skal få beholde sitt arbeid, jfr. arbeidsmiljølovens § 4-6. Tilretteleggingsplikten er i henhold til ordlyden mer omfattende ved sykdom enn ved kompetansemangel, jfr. ”nødvendige” i arbeidsmiljølovens § 4-6. Riktignok har arbeidsgiver i tilknytning til kompetansesvikt plikt til å gjennomføre ”nødvendig” og ”tilstrekkelig” opplæring, jfr. arbeidsmiljøloven § 4-2 første avsnitt jfr. andre avsnitt bokstav e. Ordlyden er i så måte tilsvarende som ved tilretteleggingsplikten for syke. Forskjellen er imidlertid at opplæring kun gjelder i en begrenset periode ved ansettelse eller ved omorganisering, mens tilrettelegging ved sykdom gjerne vil gjelde i en lengre periode. På grunnlag av tidsperioden og at det som regel er langt mer kostnadskrevende å gjennomføre tilrettelegging for syke enn opplæring av ansatte, har arbeidsgiver mer

¹¹⁹ Bjørnaraa, Gaard, Selmer, side 421.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Bjørnaraa, Note 126.

omfattende plikter overfor syke arbeidstakere enn arbeidstakere med kompetansemangel.

Arbeidsgivers omfattende tilretteleggingsplikt for syke arbeidstakere medfører at syke har særskilt sterkt oppsigelsesvern. Spørsmålet er om det er rettferdig at den som er syk skal ha noe bedre vern enn den som bare er generelt ressurssvak.

Mens kompetansesvikt som oftest er varig, kan arbeidstaker lide av en sykdom i en periode, for senere å bli helt frisk. Det er derfor uproblematisk at en syk arbeidstaker har et særskilt oppsigelsesvern 12 måneder etter arbeidsuførheten inntraff, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-8. Arbeidstaker får mulighet til å komme tilbake i arbeid og muligens vil sykdommen ikke lenger være til hinder for å prestere tilfredsstillende arbeidsresultat når tolvmånedperioden er over.

I etterkant av verneperioden på 12 måneder kan det derimot i enkelte tilfeller være urimelig at arbeidsgiver har flere plikter overfor en syk arbeidstaker enn en arbeidstaker med kompetansemangel. Utgangspunktet i arbeidsmiljøloven er at arbeidslivet skal gi ”den enkelte mulighet til å utnytte sin arbeidsevne til det beste for seg selv og samfunnet. Det overordnede målet er et arbeidsliv med plass for alle”.¹²² Ordlyden tilsier at målet om et inkluderende arbeidsliv gjelder i forhold til alle arbeidstakere, ikke bare syke arbeidstakere. Også arbeidstakere som ikke er flinke nok bør det være plass til i arbeidslivet, hvilket også i en viss grad er ivaretatt av arbeidsmiljølovens § 4-2.

Dermed oppstår spørsmålet om hvorfor man skal bruke større ressurser på personer som er syke i forhold til personer som generelt er ressurssvake. I så henseende er sosiale hensyn av betydning. Ettersom det er stigmatiserende å bli oppsagt og videre bli arbeidsledig, er det ingen grunn til at vernet skal være bedre utbygd for syke enn ressurssvake. Det er tvert i mot gjerne mer stigmatiserende og krenkende å bli oppsagt fordi man ikke er flink nok, sammenlignet med dersom man er syk. Sykdom er utenfor den ansattes kontroll siden det foreligger en fysisk eller psykisk svikt. Ved kompetansemangel er det evnene som svikter. Hensynet til likestilling og et inkluderende arbeidsliv, tilsier at oppsigelsesvernet skal være like sterkt for alle

¹²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 13.

arbeidstakere. Dertil kommer at en syk gjerne er bedre ressursmessig dekket på grunn av trygderettigheter enn en person som bare er ressurs svak.

Forholdet modifiseres kanskje ved at sykdom og generell ressurs svakhet gjerne følges ad, ettersom en god del av uføretrygdingen skjer i forhold til ressurs svake arbeidstakere. Disse arbeidstakere blir faktisk rubrisert som syke, slik at de skal få rett til trygdeytelser.

Det forhold at både ressurs svakhet og sykdom ofte medfører uførhet, leder over til momentet om overlapping. Et problem er at i enkelte tilfeller kan kompetansemangel muligens skyldes sykdom eller nedsatt funksjonsevne. Dysleksi eller ADHD er sykdommer som kan medføre kompetansesvikt.¹²³

Overlapping, i den forstand at kompetansemangel kan skyldes sykdom, tilsier således at en felles bestemmelse om tilrettelegging burde vært utarbeidet. Felles regler ville medført samme omfang av tilretteleggingsplikt for både syke og arbeidstakere med kompetansesvikt. Her er det et poeng at arbeidsmiljøloven § 4-6 ikke bare gjelder sykdom, men også ”slitasje e.l.”. I forarbeidene til 1977-loven er det dessuten forutsatt at begrepet yrkeshemning skulle forstås bredt slik at også sosiale problemer omfattes av sykdomsbegrepet.¹²⁴

Problemet er likevel at ulike tiltak vil være nødvendig og formålstjenlig ved henholdsvis sykdom og kompetansemangel, slik at det i alle tilfeller ville vært påkrevd med en mer skjønnsmessig utforming av tilretteleggingsbestemmelsen. I oppsigelsesprosessen foreligger allerede stort innslag av skjønn. Hensynet til forutberegnelighet, samt hensynet til arbeidsgiver som må holde seg orientert og oppdatert om rettstilstanden, tilsier at en ikke bør åpne for mer innslag av skjønn enn hva som allerede er tilfellet.

Selv om arbeidsgiver i utgangspunktet har flere plikter i form av tilrettelegging overfor syke arbeidstakere, vil ikke nødvendigvis terskelen for å si opp en arbeidstaker med

¹²³ LDN-2007-21, hvor likestillings- og diskrimineringsnemnda la til grunn at ADHD anses som ”nedsatt funksjonsevne”, jfr. diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 12.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) side 67.

kompetansemangel være lavere. Dette fordi oppsigelsen samlet sett skal fremstå som rimelig, og dermed kan det foreligge mer tungtveiende rimelighetshensyn til fordel for arbeidstakeren med kompetansemangel sammenlignet med den syke arbeidstaker. Dette særlig på grunn av at en syk gjerne er bedre økonomisk dekket sammenlignet med en ressurs svak arbeidstaker.

10 Oppsummering

10.1 Få saker havner i retten

Oppsigelse begrunnet i mangelfulle arbeidsprestasjoner antas å være meget aktuelt. En arbeidsgiver er avhengig av gode arbeidsprestasjoner for å drive lønnsom virksomhet. Samtidig er det klart at en del arbeidstakere ikke gjør jobben sin godt nok. Antakeligvis vil de fleste arbeidsgivere oppleve en eller flere ganger at en ikke er fornøyd med arbeidet som utføres.

10.2 Kritikk av oppsigelsesvernet

Den overordnede problemstilling er hvorvidt oppsigelsesvernreglene fungerer tilfredsstillende.

Det er selvsagt viktig med oppsigelsesvern for arbeidstakere ettersom arbeid er meget sentralt for livskvaliteten til en person. På den andre siden har arbeidsgiveren behov for dyktige ansatte som leverer gode arbeidsprestasjoner. En virksomhet er avhengig av å tjene penger. God inntjening er dessuten viktig for å trygge arbeidsplassene til øvrige ansatte, samt samfunnsøkonomisk gunstig. Særlig i nedgangstider hvor det er nødvendig å utnytte ressursene maksimalt er det viktig å ha dyktige medarbeidere. Ingen ønsker konkurs.

Ifølge en undersøkelse av Visendi publisert 25.5.2009, har 4 av 10 ledere benyttet finanskrisen som begrunnelse for å si opp arbeidstakere som gjennomfører mangelfulle

arbeidsprestasjoner.¹²⁵ Det forhold at arbeidsgivere sier opp arbeidstakere begrunnet i ”virksomhetens” forhold i stedet for ”arbeidstakers forhold” indikerer at oppsigelsesreglene blir omgått, jfr. arbeidsmiljølovens § 15-7 første avsnitt.

Dagens praksis blant lederne i Norge, leder over til momentet om at det sterke innslag av rimelighet i oppsigelsesvernet kan medføre usikkerhet og mangel på forutberegnelighet både for arbeidsgiver og arbeidstaker. For det første er reglene meget skjønnsmessige. Dessuten er det ikke enkelt for en arbeidsgiver å foreta nøye undersøkelser av den ansattes privatliv før oppsigelse blir gitt. Sosiale behov på arbeidstakers side blir imidlertid ofte avklart på drøftelsesmøter i oppsigelsesprosessen. Likevel vil arbeidstaker gjerne være tilbakeholden med å brette ut privatlivet sitt til arbeidsgiver. Jeg synes i en viss grad det er mye forlangt at arbeidsgiver må sette seg inn i detaljerte familiære og økonomiske forhold til arbeidstaker før oppsigelse kan bli gitt.

En annen sak er arbeidsgiverens særskilt vidtrekkende tilretteleggingsplikt for syke arbeidstakere. Man kan spørre om arbeidsgiver pålegges å utføre og bekoste oppgaver som egentlig burde tilligge staten. I og med at en tar hensyn til bedriftens størrelse og økonomi ved fastsettelsen av omfanget arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, vil arbeidstakerens rettigheter nødvendigvis også avhenge av hvilken bedrift vedkommende er ansatt i. Som den velferdsstat Norge er, burde alle arbeidstakere med redusert arbeidsevne ha lik rett på tilrettelegging. På den andre siden ville en slik ordning vært vanskelig å gjennomføre i praksis.

Et noe kontroversielt spørsmål er dessuten om det vide oppsigelsesvern bidrar til at arbeidstakere ikke yter sitt beste til enhver tid. Dersom det var enklere for arbeidsgiver å si opp en arbeidstaker, ville gjerne arbeidstakeren alltid gjort sitt beste for å levere gode arbeidsresultat. Hvilket ville vært samfunnsøkonomisk gunstig.

Etter min mening er oppsigelsesvernet sterkt nok til fordel for arbeidstaker. Min oppfatning er at det kan forekomme tilfeller hvor det er for vanskelig for arbeidsgiver å si opp arbeidstakere som utfører mangelfulle arbeidsprestasjoner.

¹²⁵ <http://www.vg.no/dinepenger/artikkel.php?artid=553748>, publisert 25.5.2009.

11 Litteraturliste

Bøker

- Torgeir Bjørnaraa, Espen Gaard, Annette Selmer, *Norsk Tjenestemannsrett Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter m.v.*, Tano Aschehoug 2000
- Arne Fanebust, *Oppsigelse i Arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2001
- Thor-Erik Johansen, *Inngåelse og avslutning av Arbeidsforhold*, Høyskoleforlaget AS 2001
- Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett, 2.utgave, Den individuelle delen*, Universitetsforlaget 2002
- Jan Tormod Dege, *Arbeidsrett Rettigheter og plikter i arbeidsforholdet*, Minerva AS 2003
- Per Arne Larssen, *Arbeidsmiljøloven 3. reviderte utgave*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2004
- Henning Jakhell, *Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave*, 2006 N.W. DAMM & SØN
- Erik C. Aagaard, Nina Melsom *Bedriftens Personalhåndbok, Rett og plikt i arbeidsforhold 7. utgave*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2006
- Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, Universitetsforlaget 2006
- Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2008

Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata

- Torgeir Bjørnaraa, *Gyldendal rettsdata*, Kommentarer til tjenestemannsloven § 10

- Tron Dalheim, *Gyldendal Rettsdata*, Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-7
- Rune Ytre-Arna, *Gyldendal Rettsdata*, Kommentar til arbeidsmiljølovens § 4-2
- Christel Kirkøen, *Gyldendal Rettsdata*, Kommentarer til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 og § 12

Artikler

- Lars Kokkvold, *Sykefravær som oppsigelsesgrunn*, *Arbeidsrett* vol 2 nr. 1 2005
- Dagny Raa, Arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner, *Mediaplanet Online*, Publisert 27. august 2008

Linker

- <http://www.ssb.no/arbeid/>
- <http://www.vg.no/dinepenger/artikkel.php?artid=553748>

